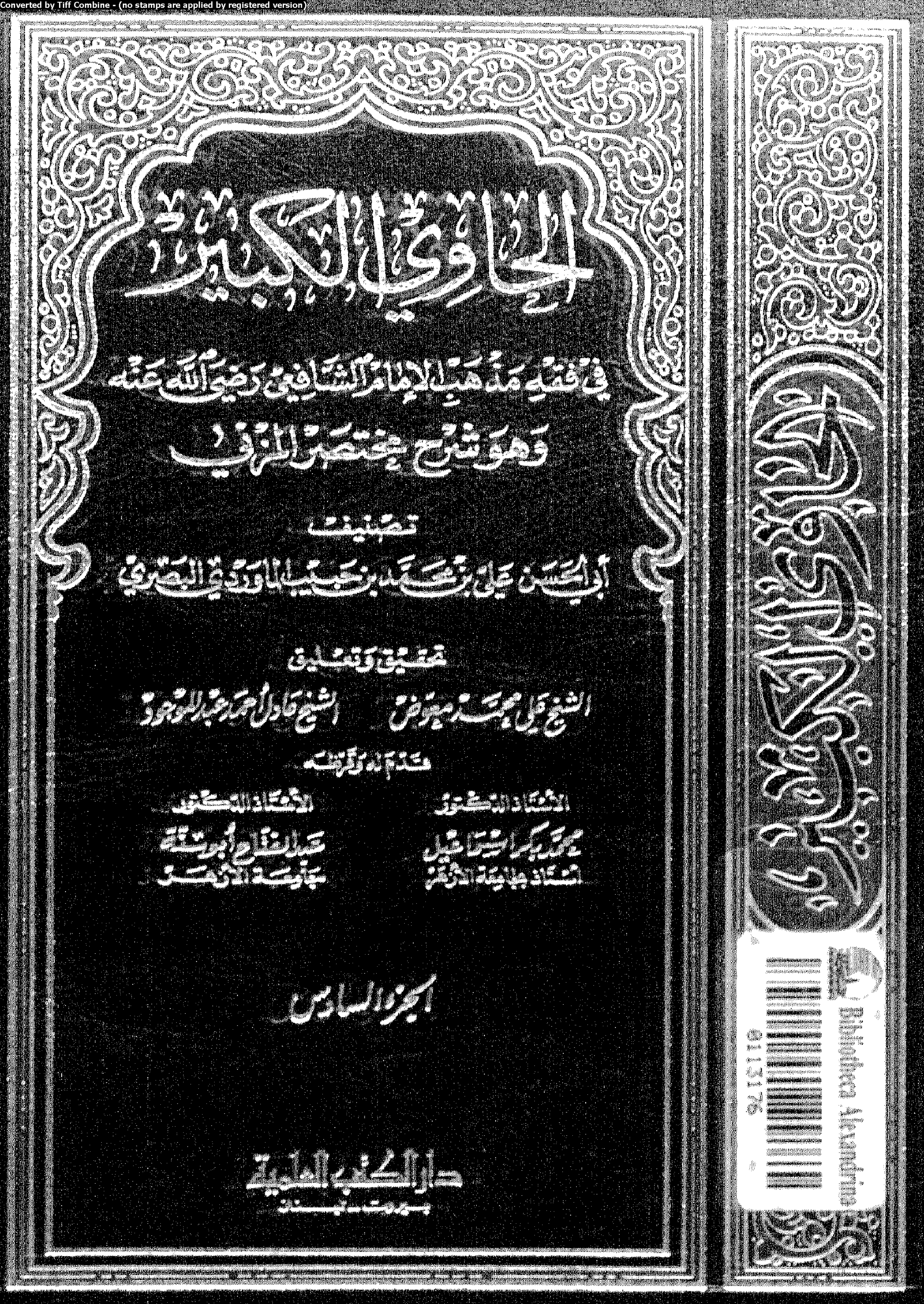

الحاوي الكبير
في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه
وهو شرح مختصر المزني
تصنيف
أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري
تحقيق وتعليق
الشيخ علي محمد معوض
الشيخ عادل أحمد عبد الموجود
قدم له وقرظه
الأستاذ الدكتور
محمد بكر إسماعيل
أستاذ بجامعة الأزهر
الأستاذ الدكتور
عبد الفتاح أبو سنة
جامعة الأزهر
الجزء السادس
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان
الحاوي الكبير
Bibliotheca Alexandrina







الحاوي الكبير

في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه
وهو شرح مختصر المزني

تصنيف
أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري

تحقيق وتعليق
الشيخ علي محمد معوض
الشيخ عادل أحمد عبد الموجود

قدم له وقرظه

الأستاذ الدكتور
محمد بكر إسماعيل
أستاذ بجامعة الأزهر

الأستاذ الدكتور
عبد الفتاح أبو سنة
جامعة الأزهر

الجزء السادس

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤١٤هـ - ١٩٩٤م

دار الكتب العلمية بيروت - لبنان
ص.ب: ١١/٩٤٢٤ - تلكس: Nasher 41245 Le
هاتف: ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ - ٨٦٨٠٥١ - ٨١٥٥٧٣
فاكس: ٤٧٨١٣٧٣/١٢١٢/٠٠ - ٦٠٢١٣٣/٩٦١١/٠٠

بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ الرَّهْنِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أَذِنَ اللَّهُ جَلَّ ثَنَاؤُهُ بِالرَّهْنِ فِي الدَّيْنِ والدَّيْنُ حَقٌّ فَكَذَلِكَ كُلُّ حَقٍّ لَزِمَ فِي حِينِ الرَّهْنِ وَمَا تَقَدَّمَ الرَّهْنَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال الرهن أحد الوثائق في الحقوق.

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وقرىء «فَرُهُنٌ مَقْبُوضَةٌ» وفي اختلاف القراءتين تأويلان:

أحدهما: أن قولهم: فرهان جمع، وَرُهُنٌ جمع الجمع.

والثاني: أن قوله: فرهان مستعمل في السبق والنضال، وقوله: فرهن مستعمل في المعاملات وأما الرهينة، فليست من هذين، وإنما هي مستعملة في ارتهان النفوس. قال الفرزدق:

وَمِنَّا الَّذِي أَعْطَى يَدَيْهِ رَهِينَةً ... لِغَارَىْ مَعَدٍّ يَوْمَ ضَرْبِ الْجَمَاجِمِ

ثم من السنة ما رواه الشافعي عن محمد بن إسماعيل عن أبي ذئب عن ابن شهاب عن ابن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ الَّذِي رَهَنَهُ لَهُ غُنْمُهُ غَيْرُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ[1]

وفي قوله: لا يغلق الرهن تأويلان:

أحدهما: أنه لا يبطل الدين بتلفه.

والثاني: وهو أشبه: أنه لا يملك بالدين عند محله. قال زهير:

(١) من حديث سعيد بن المسيب أخرجه الشافعي في الأم ٣/١٦٧ وفي المسند ٢/١٦٤ (٥٦٧) والبيهقي في الكبرى ٦/٣٩ وسنده ضعيف لضعف يحيى بن أبي أنيسة كما في التقريب ٢/٣٤٣ والشافعي وغيره من حديث أبي هريرة في المسند (٥٦٩) وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد ص ٢٧٤ (١١٢٣) والدارقطني ٢/٣٢ والحاكم ٢/٥١ والبيهقي في السنن ٦/٣٩ ورجع جماعة منهم أبي داود والدارقطني والبزار والبيهقي وابن عبدالهادي إرساله.

وَفَـارَقَـتْـكَ بِـرَهْنٍ لاَ فَـكَـاكَ لَـهُ يَـوْمَ الوَدَاعِ فَـأمسَى الرَّهْنُ قَدْ غَلِقَا[١]

وروى الشـافعي عن يحيـى بن سعيـد عن زكـريـا بن أبي زائـدة عن الشعبي عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: الرَّهْنُ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُوناً وَلَبَـنُ الـدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِـهِ إِذَا كَانَ مَرْهُوناً وَعَلَى الَّذِي يَرْكَبُ وَيَشْرَبُ النَّفَقَةُ.

وروى الشـافعي عن عبد العـزيز بن محمـد عن جعفر بن محمـد عن أبيه قـال: رَهَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ دِرْعَهُ عِنْدَ أَبِي الشَّحْمِ الْيَهُودِي[٢] واختلف الناس هل مات رسول الله ﷺ قبل فكاكه؟ فقال قوم: افتكه قبل موته لأنه ﷺ يقول: نَفْسُ الْمُؤمِنِ مُعَلَّقَةٌ بِدَيْنِهِ حَتَّى يُقْضَى[٣] وهذه صفة تنتفي عنه ﷺ.

وقال آخرون وهو الصحيح: أنه مات قبـل فكاكـه لروايـة عكرمـة عن ابن عباس قـال: تُوُفِّيَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَدِرْعُهُ مَرْهُونَةٌ عِنْدَ رَجُلٍ مِنَ الْيَهُودِ بِثَلاَثِينَ صاعاً مِنْ شَعِيرٍ[٤] فعلى هذا يكون قوله: نَفْسُ الْمُؤْمِنِ مُعَلَّقَةٌ بِدَيْنِهِ حَتَّى يُقْضَى محمولاً على من مات ولم يترك وفاء.

فصل: وإذا ثبت جواز الرهن بما ذكرنا من الكتاب والسنة فهو إذا تم من العقود الـلازمة من أحد المتعاقدين دون الآخر فيكـون لازماً من جهـة الراهن دون المـرتهن فإن رام الـراهن فسخه قبل فكاكه لم يكن له، ولو طلب المرتهن ذلك كان له، لأنه وثيقة للمرتهن على الراهن وأصل الرهن في اللغة: هو الاحتباس قال الله تعـالى: ﴿بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَـةٌ﴾ [المدثـر: ٣٨] أي محتبسة. وقال الأعشى:

فَهَـلْ يَمْـنَعَـنِّي ارْتِـيَـادِي الـبِـلاَ دَ مِـنْ حَـذَرِ الـمَـوْتِ أَنْ يَـأْتِـيَـنْ
عَـلَـيَّ رَقِـيـبٌ لَـهُ حَـافِظٌ فَقُـلْ فِي امْـرِىءٍ غَلِقٍ مُـرتَهَـنْ[٥]

فإذا تمهد مـا ذكرنـا. فالـرهن عندنـا يجوز في السفـر والحضر، وعنـد وجود الكـاتب وعـدمه، وبـه قال فقهـاء الأمصار، وقـال مجاهـد وداود: لا يجوز في الحضـر ولا مع وجـود

(١) البيت في ديـوانه (٧٢) من قصيـدة يمدح فيـهـا هرم بن سنـان وفيه بـدل (بدين) (بـرهن) في الشطرين والبيت أيضاً في اللسان م [غلق].

(٢) أخـرجـه الشـافعي في المسنـد ١/١٦٣ (٥٦٥) وأصله في الصحيحين في البخـاري (٢٩١٦) ومسلم (١٢٤ - ١٦٠٣).

(٣) أخرجه أحمد في المسند ٢/٤٤٠ والدارمي ٢/٢٦٢ والترمـذي ٣/٣٨٩ (١٠٧٨ - ١٠٧٩) وابن ماجـة ٢/٦٠٨ (٢٤١٣) والحاكم في المستدرك ٢/٢٦ وصححه وأقره الذهبي.

(٤) أخرجه ابن ماجة ٢/٨١٥ كتاب الرهـون (٨١٥) وقال البـوصيري: إسنـاده صحيح ورجـاله ثقـات ومن طريق عائشة البخاري (٢٠٦٨) ومسلم ٣/١٢٢٦ (١٢٦ - ١٦٠٣).

(٥) انظر البيتين في الديوان (١٩٠) وهما من قصيدة في مدح قيس بن معديكرب.

الكاتب لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] فأباحه بوجود شرطين: السفر وعدم الكاتب.

ودليلنا: رواية الشافعي عن إبراهيم بن محمد عن يزيد بن عبد الله عن أبي رافع عن أبيه قال: نَزَلَ بِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ ضَيْفٌ فَقَالَ لِي: يَا أَبَا رَافِعٍ اذْهَبْ إِلَى فُلَانٍ الْيَهُودِيِّ فَقُلْ لَهُ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: بِعْنِي إِلَى رَجَبٍ، فَأَتَيْتُهُ، فَقَالَ: وَاللَّهِ لَا أَبِيعُهُ إِلَّا بِرَهْنٍ فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَأَخْبَرْتُهُ، فَقَالَ: اذْهَبْ بِدِرْعِي الْجَدِيدِ إِلَيْهِ. فَرَهَنَهُ بِطَعَامٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى.

فدل ذلك على جواز الرهن في الحضر، لأن هذا كان بالمدينة، ولأنها وثيقة تجوز سفراً فجازت حضراً كالضمين؛ ولأن كل حال جاز فيها الضمين جاز فيها الرهن كالسفر فأما الآية فإنما ذكر فيها السفر لتعذر الشهادة فيه غالباً لا أنه شرط فيه.

فصل: فإذا ثبت جواز الرهن في السفر والحضر، فالحقوق ضربان: ضرب يجب في مال، وضرب يجب في غير مال. فأما الحقوق التي لا تجب في الأموال: فكالقصاص، وحد القذف، وفي معناه المطالبة بالشفعة والرد بالعيب، فهذا وما شاكله لا يجوز أخذ الرهن فيه وإن جازت الشهادة فيه. وإنما لم يجز أخذ الرهن فيه؛ لأن الرهن وثيقة في مال يستوفى الحق منه عند تعذره، وما ليس بمال قد لا يمكن استيفاء الحق منه، فلم يجز أخذ الرهن فيه.

وأما الحقوق الواجبة في الأموال فضربان:

أحدهما: أن تكون أعياناً قائمة.

والثاني: أن تكون في الذمة. فأما الأعيان القائمة فلا يجوز أخذ الرهن بها سواء كانت مضمونة كالمغصوب أو غير مضمونة كالودائع وقال مالك: كل عين مضمونة بالتلف يجوز أخذ الرهن عليها قبل التلف قال: لأنه مال مضمون فجاز أخذ الرهن فيه قياساً على ما في الذمم، ولأن كل ما جاز أن يكون وثيقة لما في الذمة جاز أن يكون وثيقة للعين المضمونة كالشهادة.

ودليلنا هو: أنها عين باقية فلم يجز أخذ الرهن بها كالعين إذا لم تكن مضمونة. وهذا لأن كل عين لم يجز أخذ الرهن فيها إذا كانت أمانة لم يجز أخذ الرهن فيها إذا كانت مضمونة.

أصله: ما في يد البائع من العين المبيعة.

ولأن الرهن وثيقة لاستيفاء الحق منه، والعين المضمونة مع بقائها لا يجوز أخذ بدلها،

ولا العدول إلى قيمتها دون أن ترد العين، والعين لا يمكن استيفاؤها من الرهن، وكل رهن لم يملك استيفاء الحق منه كان رهناً باطلاً كالوقف.

فأما قياسه على ما في الذمة فالمعنى فيه أنه يمكن استيفاؤه من الرهن، فجاز فيه الرهن وليس كذلك العين وأما قياسه على الشهادة فالمعنى في الشهادة أنها لما جازت على عين غير مضمونة جازت على عين مضمونة ولما لم يجز الرهن في عين غير مضمونة لم يجز في عين مضمونة وكذلك الرهن في كفالات النفوس لا يجوز.

فصل: [أقسام الأموال باعتبار ما لزم للذمة وما لا يلزم وما يؤول إلى اللزوم].

وأما الأموال التي في الذمة فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: ما كان لازماً للذمة ثابتاً فيها كالأثمان والديون والمهور وأروش الجنايات والسلم فهذا كله وما شاكله، يجوز أخذ الرهن فيه سواء كان حالاً أو مؤجلاً.

والضرب الثاني: ما لم يكن لازماً من الذمة في الحال ولا تفضي إلى اللزوم في ثاني حال مثل مال الكتابة فلا يجوز أن يؤخذ فيه الرهن بحال؛ لأن المقصود بالرهن استيفاء الحق منه عند تعذر استيفائه من الذمة، ومال الكتابة غير مستحق، وإن لم يتعذر استيفاؤه من الذمة.

والضرب الثالث: ما لم يكن لازماً للذمة في الحال لكنه يفضي إلى اللزوم في ثاني حال كمال الجعالة فإن كان بعد لزومه بحصول العمل جاز أخذ الرهن فيه، لأنه قد صار ثابتاً في الذمة كالديون وإن كان قبل لزومه لعدم حصول العمل ففي جواز أخذ الرهن فيه وجهان:

أحدهما: يجوز أخذ الرهن فيه، لأنه قد يفضي إلى اللزوم، فجاز أخذ الرهن فيه وإن لم يكن لازماً في الحال، كالثمن في مدة الخيار ليس بلازم، وأخذ الرهن فيه جائز لأنه قد يفضي إلى اللزوم.

والوجه الثاني: وهو منصوص الشافعي: أن أخذ الرهن فيه لا يجوز لأنه وإن كان يفضي إلى اللزوم بحصول العمل فما في مقابلة هذا الجعل من العمل لا يفضي إلى اللزوم، لأن المبذول له الجعل بالخيار أبداً إن شاء عمل وإن شاء لم يعمل، وليس كذلك الثمن في مدة الخيار، لأن العوض والمعوض قد يفضيان إلى اللزوم بما افترقا.

فصل: وأما أخذ الرهن في عوض السبق والنضال، فإن كان بعد لزومه بوجود السبق، وحصول النضال جاز أخذ الرهن فيه كالدين. وإن كان قبل وجود السبق والنضال، فهو مبني

على اختلاف قولي الشافعي في عقد السبق والنضال هل يجري مجرى الإجارة، أو مجرى الجعالة؟ فإن قيل: إنه يجري مجرى الإجارة جاز أخذ الرهن فيه.

وإن قيل: إنه يجري مجرى الجعالة فعلى الوجهين الماضيين.

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَقَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾».

قال الماوردي: وبه قال أبو حنيفة عندنا عقد الرهن لا يتم إلا بالقبض، وكذلك الهبة.

وقال مالك: الرهن يتم بالعقد ويجبر على القبض، وكذلك الهبة استدلالاً بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] ولأنه عقد وثيقة، فوجب أن يلزم بمجرد القول. كالضمان. ولأن الثمن يختلف باختلافه إذا شرط في عقد البيع، فوجب أن يلزم بنفس الشرط في البيع كالأجل، ولأنه عقد لازم بعد القبض فوجب أن يكون لازماً قبل القبض كالبيع، ولأنه عقد يصح مؤجلاً، فوجب أن يكون بمجرد القول لازماً كالإجارة.

ودليلنا، قوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] والدلالة فيها من ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه وصف الرهن بالقبض فوجب أن يكون شرطاً في صحته كوصف الرقبة بالإيمان والاعتكاف بالمسجد، والشهادة بالعدالة، ثم كانت هذه الأوصاف شروطاً، فكذا القبض.

والثاني: أنه ذكر غير الرهن من العقود ولم يصفها بالقبض، وذكر الرهن ووصفه بالقبض فلا يخلو أن يكون وصف الرهن بالقبض إما لاختصاصه به، أو ليكون تنبيهاً على غيره. وأيهما كان فهو دليل على لزومه فيه.

والثالث: أن ذكر القبض يوجب فائدة شرعية لا تستفاد بحذف ذكره ولا فائدة في ذكره إن لم يجعل القبض شرطاً في صحته، ولأنه لو مات الراهن قبل الإقباض لم يجبر وارثه على الإقباض، فلو كان لازماً بالقول كالبيع لاستحق على وارثه الإقباض كالبيع، فلما لم يستحق على وارثه الإقباض لم يستحق عليه في حياته الإقباض كالجعالة.

وهذا الاستدلال قد يتحرر من اعتلاله قياسان:

أحدهما: أنه رهن غير مقبوض فوجب أن لا يلزم تسليمه كالوارث.

والثاني: أنه عقد لا يلزم وارث العاقد بمجرد القول فوجب أن لا يلزم العاقد بمجرد القول أصله عقد الجعالة، ولأنه عقد إرفاق من شرطه القبول، فوجب أن يكون من شرط لزومه القبض كالقرض.

وقولنا: شرطه القبول احترازاً من الوقف.

وأما استدلاله بعموم الآية فمخصوص بما ذكرنا وأما قياسه على الضمان فالمعنى في الضمان أنه لما تم بالضامن وحده من غير قبول تم بالقول وحده ولما لم يتم الرهن بالراهن وحده حتى يقترن به القول جاز أن لا يلزم بالقول وحده وأما قياسه على الأجل فالمعنى في الأجل أنه صفة من صفات العقد بدليل أنه لا ينفرد بنفسه ولا يحكم له إن شرط بعد تمام العقد وانبرامه ولزم الوفاء به كسائر صفات العقد وليس كذلك الرهن؛ لأنه ليس بصفة من صفات البيع بدليل أنه ينفرد عن العقد فيثبت حكمه بنفسه بعد تمام ثبوته لو شرط في العقد وأما قياسه على البيع فالمعنى في البيع: أنه لما لزم الورثة لزم المتعاقدين والرهن لما لم يلزم الورثة لم يلزم المتعاقدين وأما قياسه على الإجارة فالمعنى فيه كالمعنى في البيع.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَا مَعْنَى لِلرَّهْنِ حَتَّى يَكُونَ مَقْبُوضاً مِنْ جَائِزِ الأَمْرِ حِينَ رَهَنَ وَحِينَ أُقْبِضَ».

قال الماوردي: وقد ذكرنا أن الرهن لا يتم إلا بالعقد والقبض. فأما العقد فهو بذل من الراهن وقبوله من المرتهن على الفور من غير تراخ ولا بعد، وأما القبض فهو تسليم من الراهن أو وكيله إلى المرتهن أو وكيله، وإذا كان كذلك فلا بد أن يكون جائزاً في الأمر عند العقد والقبض وجواز أمرهما أن يجوز تصرفهما في أموالهما ببلوغهما وعقلهما وارتفاع الحجر عنهما، فإذا كانا كذلك عند العقد وعند القبض، فقد تم الرهن وصار لازماً للراهن دون المرتهن. وإن كانا أو أحدهما غير جائزي الأمر عند العقد لصغر أو جنون أو حجر حاكم، ثم جاز أمرهما عند القبض لم يجز، وكان القبض فاسداً لفساد العقد، وأخذ قابض الرهن برده، ولهما استئناف عقده، وتجديد قبضه.

فلو كانا جائزي الأمر عند العقد، ثم طرأ الحجر عليهما أو على أحدهما بجنون أو سفه فتقابضاه كذلك فالقبض فاسد، لأنه قبض لا يجوز إقباضه، أوإلى من لا يجوز قبضه ولكن العقد على حاله صحيح، حتى يتعقبه قبض صحيح فيلزم حينئذ.

فصل: فأما إذا كانا رشيدين عند العقد وعند القبض، لكن تخلل بين العقد وبين القبض عدم رشدهما وهو أن يكونا عاقلين، فيعقدا الرهن، ثم يجن أحدهما، ثم يفيق فيقبضه بعد الإفاقة. فمذهب الشافعي: جواز الرهن وتمامه لوجود الرشد في العقد والقبض، فلم يكن ما تخللهما من الجنون قادحاً في صحته.

وقال بعض أصحابنا: يبطل العقد بجنون أحدهما قبل القبض. قال: لأن عقد الرهن

قبل القبض من العقود الجائزة، دون اللازمة، والعقود الجائزة تبطل بالجنون والموت، كالوكالات والشرك[1] والجعالات وهذا غلط؛ لأن العقود الجائزة التي تبطل بالجنون والموت ما لا يفضي إلى اللزوم، وعقد الرهن يفضي إلى اللزوم، فلا يبطل بالجنون والموت كالبيع في مدة الخيار.

فصل: وإذا تعاقدا الرهن وهما رشيدان ثم جن المرتهن فلوليه أن يقبض الرهن من الراهن، فإذا قبضه فقد تم الرهن، وقام مقام قبض المرتهن له وهو رشيد وعلى قول من أبطل العقد من أصحابنا بجنون أحدهما يمنع من قبض ولي المرتهن، إلا أن يستأنف الرهن بعقد جديد.

ولو كان المجنون منهما هو الراهن فأراد وليه أن يتولى إقباض الرهن للمرتهن فعلى قول من أبطل الرهن بجنون أحدهما لا يجوز للولي تسليمه إلى المرتهن، فإن فعل ضمن.

فأما على مذهب الشافعي، فيعتبر حال الرهن فإن لم يكن في تسليمه حظ للراهن لم يكن لوليه أن يسلمه؛ لأن الرهن وإن كان لا يبطل على مذهب الشافعي بجنون أحدهما، فتسليمه وإن صح العقد غير لازم، والولي ليس له أن يخرج من ماله ما ليس بلازم له.

وإن كان في تسليم الرهن حظ للراهن، وهو أن يكون مشروطاً في بيع فيه فضل وإن لم يسلم الرهن فسخه البائع فهل يجوز له تسليمه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز لما قدمنا من التعليل.

والوجه الثاني: جائز لما يعود على المولى عليه من الفضل بتسليم الرهن.

فصل: فأما صفة القبض في الرهن، فهو مجامع للقبض في البيع من وجه ومخالف له من وجه. فالموضع الذي يجامعه فيه هو قبل قبضه الثمن، والموضع الذي يخالفه فيه هو بعد قبض الثمن، وذلك أن القبض في الرهن لا يصح حتى يكون بإقباض من الراهن أو وكيله فيه إلى المرتهن أو وكيله فيه.

فأما صفة الإقباض من جهة الراهن، فإنه يعتبر بحال الرهن، فإن كان مما لا يحتاج إلى كيل ولا وزن، فإقباض الراهن له: أن يأذن للمرتهن في قبضه ويسلطه عليه. وقبض المرتهن له أن ينقله إن كان منقولاً، أو يتصرف في رقبته دون منفعته إن كان غير منقول. وتصرفه في رقبته: أن يرفع عنه يد مالكه، فيتم القبض هاهنا بإذن الراهن وقبض المرتهن.

---

(١) في أ: الشركة.

وإن كـان الرهن ممـا يحتاج إلى كيـل أو وزن فهو كـأن يرهنـه قفيزاً من صبـرة فـلا يتم إقباض الراهن له بمجرد الإذن للمرتهن حتى يتولى كيله لـه بنفسه أو بـوكيله ويتولى المـرتهن اكتياله منه بنفسه أو بوكيله فيتم القبض بفعلهما جميعـاً. فلو قبضه المـرتهن بإذن الـراهن من غير أن يتولى كيله عليه بنفسه، أو بوكيله، لم يصح القبض، ولم يتم الرهن.

وكذا كما لـو قال لـه الراهن: قـد وكلتك في قبضـه لنفسك لم يصـح لأنه لا يجـوز أن يكون قابضاً من نفسه لنفسه.

وكذلك لو وكل الـراهن رجلاً أن يقبض عنـه، ووكله المرتهن أن يقبض لـه صار ذلـك الوكيل نائباً عن الراهن في الإقباض عنـه، ونائبـاً عن المرتهن في القبض لـه لم يجز، وكـان هذا قبضاً فاسداً لا يتم به الرهن، لأنه يصير قابضاً من نفسه، وهذا غير جائز.

فأما القبض في البيع فإن كان البيع مكيلاً أو موزوناً، فلا بد من إقباض البـائع بنفسـه، أو بوكيله أو قبض المشتري بنفسه أو بوكيله كمـا قلنا في الـرهن، سواء قبض البـائع الثمن أم لا.

فإن تسلط المشتري عليه فقبضه بنفسـه من غير إقبـاض البائـع، لم يصح القبض لكن يصير في ضمانه وإن كان المبيـع غير مكيـل ولا موزون فـإن كان البـائع لم يقبض الثمن، لم يصح قبض المشتري له، إلا بإذن البائع، كما قلنا في الـرهن، فإن قبضـه المشتري من غيـر إذن البائع، كان قبضاً فاسداً، وكان للبائع انتزاعه من يده، لأن للبائع أن يحبسه على ثمنه.

وإن كان البائع قد قبض الثمن، فالقبض فيه يصح بقبض المشتري له سواء أذن البـائع له في قبضه أم لا. لأنـه بقبض ثمنه قـد لزمـه رفع يـده، ولم يبق له حق في منعـه، فلم تفتقر صحة القبض إلى إذنه.

فصل: أما ما يفسد الرهن بعد العقد وقبل القبض فأمور:

منها: أن يبيعه الراهن بعد رهنه، وقبل قبضه فيبطل عقد الرهن.

ومنها: أن يقفه على الفقراء والمساكين، أو على قوم معينين.

ومنها: أن يجعله صداقاً لزوجته.

ومنها: أن يقر به لرجل.

ومنها: أن يكون عبداً فيعتقه أو يكاتبه، فيبطل الرهن في هذه الأحوال كلها لزوال ملكه فيما سوى المكاتب وعدم تصرفه في المكاتب فإن كان عبداً فدبره فهـل يبطل عقـد الرهن أم لا؟ على قولين.

أحدهما: يبطل. لأنه وإن كان باقياً على ملكه، وجواز تصرفه، فالتدبير تصرف يخالفه عقد الرهن فأبطله.

والقول الثاني: أن الرهن لا يبطل، لاستواء تصرفه فيه قبل التدبير وبعده، فلو وهبه وأقبضه أو رهنه من غيره وأقبضه بطل رهن الأول بزوال ملكه بالهبة وانعدام تصرفه بالرهن، ولكن لو وهبه ولم يقبضه أو رهنه ولم يقبضه، كان في بطلان الرهن قولان كالتدبير.

وأما إذا آجره فلا يبطل عقد الرهن لأنه لما جاز أن يؤاجره بعد القبض، لم يبطل بإجارته قبل القبض: ولو كانت أمة فزوجها لم يبطل عقد الرهن. لأنه لما لم يبطل الرهن بتزويجها بعد القبض ولم يبطل بتزويجها قبل القبض ولو وطئها الراهن فإن حبلت من وطئه بطل الرهن، وإن لم تحبل لم يبطل الرهن.

فإن قيل: لو وطئها البائع في مدة خياره. كان وطؤه فسخاً للبيع فهلا كان وطء الراهن قبل القبض مبطلاً للرهن؟ قيل: لأن وطء البائع ينافي البيع، فكان فسخاً وليس وطء الراهن ينافي الرهن وإنما يمنع منه بحق المرتهن فإذا أذن له جاز. وقبل القبض لم يلزم حق المرتهن وليس الوطء منافياً له فلم يكن فسخاً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَا جَازَ بَيْعُهُ جَازَ رَهْنُهُ وَقَبْضُهُ مِنْ مُشَاعٍ وَغَيْرِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. والكلام في هذه المسألة يشتمل على فصلين:

أحدهما: شرح المذهب فيها.

والثاني: ذكر الخلاف المتعلق بها.

فأما شرح المذهب فقوله: وما جاز بيعه جاز رهنه. فهذه هي الرواية المشهورة. ومن أصحابنا من يروي ذلك: ومن جاز بيعه جاز رهنه، فيجعل ذلك معطوفاً على قوله: ولا معنى للرهن حتى يكون مقبوضاً من جائز الأمر حين رهن، وحين أقبض. ومن جاز بيعه جاز رهنه. فيجعل الجائز الأمر في الرهن، من جاز بيعه، ومن لم يجز بيعه لم يجز رهنه مثل المجنون والصغير، والمحجور عليه لسفه فيكون هذا مستمراً.

وعلى القياس مطرداً. فيكون كل من جاز بيعه جاز رهنه، وكل من لم يجز بيعه لم يجز رهنه.

قالوا: ومعنى قوله: من مشاع وغيره ـ يعني في مشاع وغيره.

والرواية الأولى أصح، وهي المشهورة عنه.

وما جاز بيعه جاز رهنه يعني: أن كل شيء كان بيعه جائزاً، كان رهنه جائزاً وكل شيء لم يجز بيعه، لم يجز رهنه من الأجناش أو الأنجاش وأمهات الأولاد. فإن قيل: فقد يجوز بيع ما لا يجوز رهنه كالمدبر والمعتق بصفة والطعام الرطب المرهون إلى أجل يفسد فيه.

وقد يجوز رهن ما لا يجوز بيعه كالأمة دون ولدها الصغير والثمرة قبل بدو صلاحها مطلقاً من غير اشتراط القطع فلأصحابنا في ذلك ثلاثة أجوبة.

أحدها: أن الشافعي قصد بذلك ما أفصح به في آخر كلامه من رهن المشاع رداً على أبي حنيفة حيث أجاز بيع المشاع ومنع من رهنه فقال: وما جاز بيعه جاز رهنه من مشاع وغيره. فأما الجمع بينهما في كل موضع فلا.

الجواب الثاني: أنه أراد بذلك غالب الأشياء أن ما جاز بيعه جاز رهنه وما لم يجز بيعه لم يجز رهنه. وقد يكون منها ما يجوز بيعه ولا يجوز رهنه، وما يجوز رهنه ولا يجوز بيعه، لكن الغالب بخلافه، فجعل قائل هذا الجواب جملة الأشياء على أربعة أضرب.

ضرب يجوز بيعه ورهنه كالأملاك المطلقة.

وضرب لا يجوز بيعه ولا رهنه كالأوقاف وأمهات الأولاد.

وضرب يجوز بيعه ولا يجوز رهنه على أحد القولين كالمدبر والمعتق نصفه.

وضرب لا يجوز بيعه ويجوز رهنه، كالأمة دون ولدها، والثمرة مطلقاً دون بدو صلاحها.

والجواب الثالث: وهو قول المحققين من أصحابنا: أن كلام الشافعي محمول على صفته وكل ما جاز بيعه جاز رهنه قياساً مطرداً، واعتباراً صحيحاً، وما لم يجز بيعه لم يجز رهنه. وما ذكروه من جواز رهن ما لا يجوز بيعه كالأمة ذات الولد، والثمرة مطلقاً قبل بدو صلاحها فغلط؛ لأن بيع ذلك يجوز، فتباع الأمة مع ولدها، والثمرة بشرط قطعها فصار بيع ذلك جائزاً، وإن اختلفت صفاته وأحواله.

وما ذكروه من جواز بيع ما لا يجوز رهنه كالمدبر والمعتق نصفه. ففي جواز رهن المدبر والمعتق نصفه قولان:

أحدهما: يجوز فعلى هذا قد استمر الجواب، وسقط السؤال.

والثاني: لا يجوز فعلى هذا يجوز أن يرهنه المشتري وإن لم يجز أن يرهنه البائع فصار رهنه جائزاً وإن كان في أحوال مرتهنه مختلفاً فهذا جملة الكلام في شرح المذهب وتفسير كلامه.

فصل: فأما الخلاف المتعلق بهذه المسألة فهو يشتمل على فصلين:

أحدهما: هل استدامة قبض الرهن من شرط صحته أم لا؟

والثاني: هل رهن المشاع جائز أم لا؟

فأما الفصل الأول في استدامة القبض فتقديم الكلام فيه أولى لأنه لأبي حنيفة أصل ينشىء بطلان رهن المشاع عليه. فمذهب الشافعي: أن استدامة قبض الرهن ليس بشرط في صحة الرهن. فإن خرج الرهن من يد المرتهن باستحقاق كالإجارة، أو بغير استحقاق كالإعارة أو الغصب لم يبطل الرهن.

وقال أبو حنيفة: استدامة قبض الرهن شرط في صحة الرهن. فإن خرج من يد المرتهن باستحقاق كالإجارة، أبطل الرهن، وإن خرج من يده بغير استحقاق كالغصب والإعارة لم يبطل الرهن، لأنه لا يقدر على انتزاعه إذا خرج باستحقاق أو بقدر على انتزاعه إذا خرج بغير استحقاق.

واستدل على أن استدامة القبض شرط في صحة الرهن بقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] فجعله بالقبض وثيقة للمرتهن. فدل على أن زوال القبض يزيل وثيقة المرتهن.

ولأنه محتبس بحق الاستيفاء فوجب أن يكون زوال اليد عنه مزيلاً لحق الاستيفاء منه أصله: المبيع المحتبس في يد بائعه لاستيفاء ثمنه.

ولأن المقصود بعقد الرهن حصول الاحتباس والقبض كما أن المقصود بالبيع حصول الملك واليد ثم كانت استدامة الملك في البيع من موجبه ومقتضاه فوجب أن تكون استدامة القبض في الرهن من موجبه ومقتضاه.

ولأن الرهن قبل القبض غير لازم، فإن قبض صار لازماً. فلما كان لزومه بالقبض، وجب أن يزول لزومه بزوال القبض.

ودليلنا حديث أبي هريرة: أن رسول الله ﷺ قال: [الرَّهْنُ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُوناً، وَلَبَنُ الدَّرِ يُشْرَب بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُوناً، وَعَلَى الَّذِي يَرْكَبُ وَيَشْرَبُ النَّفَقَة، فجعل رسول الله ﷺ][1] الرهن مركوباً ومحلوباً ولا يخلو أن يكون ذلك للراهن أو للمرتهن فلم يجز أن نجعل ذلك للمرتهن لأمرين:

---

(١) سقط في أ.

أحدهما: إجماعهم على أن المرتهن لا يستحق ذلك.

والثاني: أنه جعل على الراكب والشارب نفقة الرهن، والنفقة واجبة على الراهن دون المرتهن، فثبت بهذين جواز ذلك للراهن، فصار مستحقاً لإزالة يد المرتهن عنه. ثم لم يزل حكم الرهن عنه فثبت أن استدامة قبضه ليست شرطاً في صحته. ولأنه عقد من شرط لزومه القبض، فوجب أن لا يكون من شرط صحته استدامة القبض كالهبة والصرف. ولأن القبض في الرهن أوسع من القبض في البيع، لجواز اشتراط الرهن على يدي عدل. فلما لم تكن استدامة القبض في البيع مع قوته شرطاً في صحته؛ فلأن لا تكون استدامة القبض في الرهن مع ضعفه شرطاً في صحته أولى. ولأن من جعل استدامة القبض فيه شرطاً فلا يخلو أن تكون استدامة قبضه مشاهدة أو حكماً فلا يجوز أن يكون الشرط في صحة استدامة قبضه مشاهدة، لجواز خروجه من يده بعارية أو على يد عدل. فثبت أن الشرط في صحة استدامة قبضه حكماً، وهذا شرط معتبر عندنا، لأنه وإن خرج من يده باستحقاق. فهو في حكم المقبوض له، لأنه لا يخرج عن سلطان المرتهن ولا يحال بينه وبينه.

وأما استدلالهم بقوله تعالى: ﴿فَرِهَنٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] فهو حجة عليهم. لأنه جعل الرهن وثيقة بحصول القبض. فإذا حصل القبض مرة فقد استقر القبض وحصل الرهن وثيقة أبداً.

وأما قياسهم على المبيع في يد بائعه لاستيفاء الثمن، فغير صحيح. لأن المبيع المحبوس بحق اليد لا العقد. فإذا زالت اليد زال حكم الاحتباس والرهن محبوس بحق العقد والقبض، فإذا زال استصحابه لم يبطل العقد المقترن به كقبض الهبات والصرف.

وأما قولهم: إن المقصود بعقد الرهن حصول الاحتباس والقبض كالملك في البيع، فحجة تعكس عليهم لأنه لما لم تكن استدامة الملك في البيع شرطاً في صحة العقد، بل لو شرط ألا يزيل المشتري ملكه عن المبيع بطل العقد وجب ألا تكون استدامة القبض في الرهن شرطاً في صحة العقد.

وأما قولهم: إن لزومه لما كان بالقبض، وجب أن يزول لزومه بزوال القبض، فباطل بالعارية فإنه قد زال بها القبض ولم يزل بها لزوم الرهن على قولنا إن لزومه كان بالقبض لا باستدامة القبض، وخروجه من يده يزيل استدامة القبض ولا يزيل ما تقدم من القبض فلم يزل ما به لزم على أن حكم قبضه مستدام.

فصل: فأما الفصل الثاني في رهن المشاع فمذهب الشافعي: جواز رهن المشاع من الشريك، وغير الشريك.

وقال أبو حنيفة: رهن المشاع يصح من الشريك، ولا يصح من غير الشريك.

قال: لأن رهنه من غير الشريك يوجب مهايأة بين المرتهن والشريك. والمهايأة توجب انتزاع الرهن من يد المرتهن باستحقاق قارن العقد، فوجب أن يكون مانعاً من صحة الرهن. أصله. إذا رهن شيئاً مغصوباً.

قال: ولأن المهايأة توجب تسليمه إلى المرتهن يوماً وانتزاعه من يده يوماً، ولو شرط هذا في عقد الرهن كان باطلاً، فكذا إذا استحق هذا بعقد الرهن كان باطلاً.

ودليلنا: هو أن كل ما جاز بيعه جاز رهنه كالمحوز فإن قيل: فالخلاف في صحة قبضه لا في صحة عقده، قلنا: كلما صح أن يكون مقبوضاً في البيع صح أن يكون مقبوضاً في الرهن كالمحوز. ولأنه لو رهن شيئاً محوزاً عند رجلين جاز الرهن وإن كان نصفه مشاعاً رهناً عند كل واحد من الرجلين فكذا إذا كان النصف منه مشاعاً رهناً والنصف الآخر مطلقاً.

وتحرير هذا الاستدلال قياساً:

أن كل شيء جاز له أن يرهن جميعه عند شخص جاز له أن يرهن بعضه مشاعاً عند ذلك الشخص.

أصله: إذا رهن المحوز عند رجلين.

وأما قياسهم على رهن المغصوب بعلة أن المهايأة واجبة، وهي توجب انتزاع من اليد.

قلنا: المهايأة غير واجبة عندنا لأمرين:

أحدهما: أن منفعة الشيء بين المالكين، فلم يلزم أحدهما: أن يعارض على منفعة ملكه بما يعتاضه من منفعة ملك صاحبه.

والثاني: أن في المهايأة تعجيل لحق مؤجل وتأجيل لحق معجل. وتعجيل ما كان مؤجلاً، وتأجيل ما كان معجلاً غير واجب، ولو وجبت المهايأة لكان الجواب عن ذلك من وجهين:

أحدهما: أن المغصوب لا يمكن استيفاء الحق من ثمنه فلم يجز رهنه، وليس كذلك المشاع بعد المهايأة.

والثاني: أن القبض في المغصوب لم يصح فيلزم به الرهن، وليس كذلك المشاع بعد المهايأة.

وأما قولهم: إن ذلك يقتضي أن يكون يوماً رهناً، ويوماً غير رهن، فغير صحيح .. لأنه

رهن في جميع الأيام، وقبضه حكم مستدام، وخروجه في يوم المهايأة عن يده لا يزيل حكم قبضه عنه، وإن حصل في يد غيره. فصار كمن رهن شيئاً على أنه يكون في يد مرتهنه يوماً وعلى يد عدل يوماً لم يمنع ذلك من صحة الرهن وكان هذا بخلاف قوله: أرهنك يوماً واسترجعه منك يوماً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ مَاتَ الْمُرْتَهِنُ قَبْلَ الْقَبْضِ فَلِلرَّاهِنِ تَسْلِيمُ الرَّهْنِ إِلَى وَارِثِهِ وَمَنْعُهُ».

قال الماوردي: موت الراهن أو المرتهن بعد العقد وقبل القبض إذا مات الراهن أو المرتهن بعد عقد الرهن، وقبل قبضه: فظاهر نصه ها هنا أن الرهن لا ينفسخ بموت المرتهن قبل القبض. وظاهر نصه في موضع آخر: أن الرهن ينفسخ بموت الراهن قبل القبض ففسخ الرهن بموت الراهن، ولم يفسخه بموت المرتهن.

فاختلف أصحابنا: فكان بعضهم ينقل جوابه من كل واحد من الموضعين إلى الآخر فيخرج ذلك على قولين:

أحدهما: أنه ينفسخ الرهن بموت الراهن والمرتهن جميعاً، لأن الرهن قبل القبض من العقود الجائزة، والعقود الجائزة تنفسخ بالموت كالشركة والوكالات.

والقول الثاني: أنه لا ينفسخ بموت الراهن، ولا بموت المرتهن. لأنه وإن كان قبل القبض من العقود الجائزة، فهو يفضي إلى اللزوم، وما أفضى إلى اللزوم وإن كان جائزاً، لا ينفسخ بالموت كالبيع في مدة الخيار. وهذا أصح القولين.

وقال آخرون من أصحابنا: ليست المسألة على قولين بل الكلام على ظاهره في الموضعين وهو أن ينفسخ الرهن بموت الراهن، ولا ينفسخ بموت المرتهن.

والفرق بينهما: أن المرتهن هو صاحب الدين، ومن له دين مؤجل فمات لم يحل بموته وكان دين المرتهن مؤجلاً بعد موته كما كان مؤجلاً قبل موته وكان الراهن المعقود فيه قبل موته باقياً على حاله بعد موته. فلذلك لم ينفسخ بموته، وليس كذلك الراهن؛ لأن الدين عليه، فإنما مات حل الدين بموته، فاستحق مطالبة الورثة به. فلم يكن لبقاء الرهن معنى. كذلك الفسخ.

فصل: فإذا قلنا: إن الرهن قد انفسخ بموت الراهن أو المرتهن فإن كان غير مشروط في بيع فلا مقال.

وإن كان مشروطاً في بيع كـان البائـع المرتهن، أو وارثـه بالخيـار بين إمضاء البيـع بلا رهن وبين فسخه.

فـإن أحب ورثة الـراهن إقباض الـرهن للمرتهن، فهـو مستـأنف لعقـده لفسـخ العقـد المتقدم وإن كان ممن يجوز أن يستأنف رهنه لجواز أمره، وكمال تصرفه من غيـر أن يتعلق به حق الغرماء وأرباب الوصايا، جاز أن يستأنفه بعقد جديد وقبض، فـإذا فعل ذلـك، فلا خيـار للمرتهن البائع لحصول ما شرطه من الرهن.

وفيه وجه آخر له الخيار في فسخ البيع وإن أجاب الورثة إلى إقباضه، لأن فسـخ الرهن قد أوجب له خياراً في البيع، فلم يسقطه ما حـدث من تطوع الـوارث بالـرهن. فأمـا إن كان الـوارث ممن لا يجوز أمـره، أو تعلق بالـرهن ديون أو وصـايـا لم يجـز للوارث ولا لـوليـه أن يستأنف عقد الرهن فيه وإقباضه، ويكون المرتهن البائع بالخيار.

فصل: وإذا قيل: إن الرهن لا ينفسخ بموت الراهن، ولا بموت المرتهن. فعلى هذا لا يخلو إما أن يكون الميت هو الراهن، أو المرتهن، أو هما جميعاً.

فإن كان الميت هو الراهن، فلا يخلو حال الرهن من أن يتعلق به ديون، أو وصايا أو لا يتعلق به شيء من ذلك.

فإن تعلق به ديون أو وصايا لم يجز لورثة الراهن أن يقبضوا الرهن للمرتهن مـا لم توف حقوق أرباب الدين وأهل الوصايا، ويكون المرتهن البائع بالخيار بين إمضاء البيـع بلا رهن، وبين فسخه، إن كان الرهن مشروطاً في بيع.

وإن لم يتعلق بالرهن ديون ولا وصايا، فلا يخلو حال الوارث من أحـد أمرين: إمـا أن يكـون ممن يجوز أمـره لبلوغه ورشـده، أو يكون ممن لا يجـوز أمره إمـا لصغـره وإمـا لعـدم رشده.

فإن كان ممن يجوز أمره، فهو بالخيار. إن شاء أقبض المرتهن الرهن، وإن شاء منعه. لأنه لما كان الذي تولى العقد مخيراً فوارثه أولى أن يكون مخيراً.

فإذا ثبت أنه بالخيار بين إقباض الرهن وبين منعه، فإن منعه فالمـرتهن بالخيـار إن كان الرهن مشروطاً في بيع بين إمضاء البيع بلا رهن وبين فسخه.

فإن أقبضه الرهن فذلك له بالعقد المتقدم من غير أن يستـأنف له عقـداً جديـداً لصحة العقد المتقدم وسواء كان للوارث الـراهن حظ في إقباضـه أم لا لجواز تصـرفه في مـاله كيف شاء.

فإذا قبض المرتهن الرهن، فلا خيار له في البيع لا يختلف، لأن ما شرطه في البيع من الرهن قد صار إليه بالعقد المتقدم.

وإن كان الوارث ممن لا يجوز أمره لصغره، أو لعدم رشده فلا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون له حظ في إقباض الرهن، أو لا حظ له. فإن لم يكن له حظ في إقباض الرهن لم يكن لوليه أن يتولى إقباض الرهن عنه، ولا أن يسلمه إلى المرتهن لأن إقباض الرهن غير واجب عليه، وليس للولي أن يفعل في مال من يلي عليه، ما كان غير واجب إذا لم يكن فيه حظ له.

فعلى هذا إن كان الرهن مشروطاً في بيع فالمرتهن البائع بالخيار بين إمضاء البيع بلا رهن وبين فسخه.

وإن كان للوارث المولى عليه حظ في إقباض الرهن لأنه مشروط في بيع فيه فضل، فهل يجوز لوليه أن يقبضه عنه أم لا؟ على وجهين مضيا.

أحدهما: ليس له ذلك لأنه يصير متطوعاً في مال الوارث بإقباض ما لا يلزم. فعلى هذا يكون المرتهن البائع بالخيار في البيع.

والوجه الثاني وهو أصح: يجوز أن يقبض الرهن عن الوارث لما له فيه من الحظ فعلى هذا إذا قبض المرتهن الرهن فلا خيار له في البيع. فهذا الكلام في موت الراهن.

فصل: وإن كان الميت هو المرتهن فالراهن بالخيار في تسليم الرهن إلى ورثة المرتهن، وإقباضهم إياه، أو منعهم، لأنه لما كان له الخيار مع المرتهن في حياته، فأولى أن يكون له الخيار مع وارثه بعد وفاته.

فإن أقبضهم الرهن لم يحتج إلى تجديد عقد، وأقبضهم إياه بالعقد المتقدم، لأنه على حاله في الصحة. فإذا قبضوا الرهن فلا خيار لهم في فسخ البيع بحصول الرهن للمرتهن في حياته.

وإن منعهم الرهن: فإن لم يكن مشروطاً في بيع فلا خيار لهم، والدين بلا رهن، وإن كان مشروطاً في بيع فلا يخلو حالهم من أحد أمرين:

إما أن يكونوا ممن يجوز أمرهم، أو ممن لا يجوز أمرهم:

فإن كانوا ممن يجوز أمرهم لبلوغهم ورشدهم فهم بالخيار بين إمضاء البيع بلا رهن، أو فسخه، وسواء كان الحظ لهم في إمضائه، أو فسخه لأن الفسخ حق لهم فلم يجبروا عليه مع جواز تصرفهم.

وإن كانوا ممن لا يجوز أمرهم لصغرهم، وعدم رشدهم، فإن لم يكن لهم حظ في إمضاء البيع بلا رهن، فواجب على وليهم أن يفسخ البيع، لأن في إمضائه بلا رهن تغرير بثمنه وإن كان لهم في إمضائه حظ، لوفور الثمن، فإن كان الراهن المشتري معسراً أو كان غير أمين فعلى وليه أن يفسخ البيع أيضاً. وإن كان أميناً موسراً فعلى وجهين.

أحدهما: يفسخ أيضاً لجواز أن يتغير حاله.

والثاني: لا يفسخ لما فيه من وفور الحظ وأن العقد تم بغيره. وهذان الوجهان مخرجان من الوجهين الماضيين في ولي ورثة الراهن هل يجوز له إقباض الرهن إذا كان في إقباضه حظ لهم أم لا؟

فهذا الكلام في موت المرتهن.

فأما إن مات الراهن والمرتهن جميعاً. فإن الحكم في ورثة الراهن على ما مضى وفي ورثة المرتهن على ما مضى.

فأما إن مات الراهن أو المرتهن بعد قبض الرهن، فالرهن على حاله لا ينفسخ، لأنه بعد القبض قد لزم. والعقد اللازم لا ينفسخ بالموت.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ أَرْهَنُكَ دَارِي عَلَى أَنْ تُدَايِنَنِي فَدَايَنَهُ لَمْ يَكُنْ رَهْناً حَتَّى يَعْقِدا الرَّهْنَ مَعَ الْحَقِّ أَوْ بَعْدَهُ (قال) حَدَّثَنَا الرَّبِيعُ عَنِ الشَّافِعِيِّ قَالَ لَا يَجُوزُ إِلَّا مَعَهُ أَوْ بَعْدَهُ فَأَمَّا قَبْلَهُ فَلَا رَهْنَ».

قال الماوردي: والثاني أن يعقد مع ثبوت الدين.

والثالث: أن يعقد قبل ثبوت الدين.

فأما الضرب الأول

الحال الأولى: وهو أن يعقد بعد ثبوت الدين فهو أن يستقر الدين في ذمة رجل من بيع أو قرض أو أرش جناية، أو ضمان صداق، أو غير ذلك من الحقوق، فيصير الدين ثابتاً في ذمة من هو عليه بغير رهن. ثم إن من عليه الدين يدفع إلى صاحب الدين رهناً به. فهذا يكون متطوعاً بالرهن لأنه لو لم يعطه بذلك رهناً، لم يكن لصاحب الدين مطالبته برهن. فإذا رهنه بالدين شيئاً وأقبضه، فقدم لزم الرهن وليس له استرجاعه إلا بعد فكاكه.

وأما الضرب الثاني.

الحالة الثانية: وهو أن يعقد الرهن مع ثبوت الدين من غير تقديم ولا تأخير. وهذا

يكون في موضعين: إما في البيع، وهو أن يقول: بعتك عبدي هذا بألف على أن تعطيني دارك رهناً. أو في القرض، وهو أن يقول: قد أقرضتك هذه الألف على أن تعطيني عبدك رهناً، فيصير الرهن معقوداً مع ثبوت الدين من غير تقدم عليه ولا تأخر عنه. فهذا أيضاً رهن جائز، لأن كل وثيقة صحت بعد ثبوت الدين صحت مع ثبوت الدين كالشهادة.

فإذا ثبت انعقاد الرهن، فالراهن بالخيار بين إقباض الرهن، وبين منعه. فإن أقبض الرهن، فلا خيار للمرتهن البائع، وإن منع إقباضه كان المرتهن بالخيار بين إمضاء البيع بلا رهن، وبين فسخه، ولا يجبر الراهن على إقباضه وإن كان مشروطاً في بيع.

وقال أبو حنيفة يجبر الراهن على إقباضه إذا كان مشروطاً في بيع، ولا يكون مخيراً فيه لأنه بالشرط قد صار صفة لعقد لازم، فوجب أن تجري عليه أحكام العقد في اللزوم كالخيار والأجل.

ودليلنا: هو أنها وثيقة لا يجبر عليها بعد ثبوت الدين، فوجب ألا يجبر عليها مع ثبوت الدين كالشهادة والضمان.

ولأن كل دين لا يجبر فيه على إقامة ضمين، لم يجبر فيه على إقباض رهن.

أصله: الدين المستقر بغير ضمين ولا رهن.

فأما قوله: إن الرهن قد صار بالشرط صفة للبيع، فوجب أن يلزم كالخيار والأجل، فغير صحيح، لأن الخيار والأجل، لا يصح انفرادهما عن العقد أن يصيرا صفة للعقد. والرهن عقد على حاله، فوجب أن ينفرد بحكمه، ولا يصير صفة لغيره.

فصل: الضرب الثالث: وهو أن يعقد الرهن قبل ثبوت الدين. فهو أن يقول: قد رهنتك داري على أن تداينني، أو تبايعني، أو على ما يحصل لك علي، فهذا رهن باطل لتقدمه على الدين، وكذلك في الضمان إذا ضمن له ما لا قبل ثبوته.

وقال أبو حنيفة: تقدم الرهن والضمان على ثبوت الدين جائز لجوازه بعد ثبوته استدلالاً بقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

فجعل لزوم الرهن بالقبض من غير أن يشترط فيه تقدم الحق، فدل على استواء حكمه قبل، وبعد.

ولو كان تقدم الحق شرطاً في صحته لقيد الرهن به، كما قيده بالقبض.

قال: ولأن الرهن عين هي وثيقة للبائع في الحق، فلم يمتنع تقدمها على الحق كالبائع

يحبس المبيع في يده، لاستيفاء ثمنه، وإن كان مستديم اليد قبل حقه. كذلك يجوز أن يحبس البائع رهناً في يده قبل ثبوت الحق.

قال: ولأن حكم عقد الرهن والضمان سواء، عندنا وعندكم بعد الحق وقبله ثم قد أجمعنا وإياكم على جواز الضمان قبل ثبوت الحق في ثلاثة مواضع. فكذلك في كل موضع. فإذا جاز الضمان في موضع، جاز الرهن معه في كل موضع، لأنكم قد سويتم بينهما بعد الحق في الجواز، وقبل الحق في المنع.

وأحد المواضع الثلاثة التي يجوز فيها الضمان قبل ثبوت الحق أن يقول: ألق متاعك في البحر وعليٌّ ضمانه. أو أعتق عبدك عني وعليٌّ قيمته. فإذا ألقى متاعه، أو أعتق عبده، لزمه ضمان قيمته بما تقدم من ضمانه.

والثاني: ضمان الدرك قبل استحقاق المبيع، فإذا استحق لزم الضامن غرم ثمنه لما تقدم من ضمانه.

والثالث: ضمان نفقات الزوجات إذا ضمنها عن الزوج أجنبي لزمه ضمانها وإن كان ضمانه قبل وجوبها.

ودليلنا هو أنها وثيقة يمكن أن يستوثق بها مع الحق، فلم تصح قبل ثبوت الحق كالشهادة. ولأن كل حال لا يجوز أن يستوثق فيها بالشهادة، لم يجز أن يستوثق فيها بالرهن والضمان.

أصله: إذا قال: قد ضمنت لك ما تداين به الناس كلهم. أو قد رهنتك هذا على ما تداين به الناس كلهم؟

ولأن الارتهان هو احتباس بالحق ووثيقة فيه فلم يجز تقدم الاحتباس على غير حق يقع به الاحتباس.

ولأن هذا عقد رهن بصفة، والعقود لا يجوز أن تعلق بالصفات. كقوله: إذا قدم زيد فقد رهنتك عبدي. ولأن ما يداينه في ثاني حال مجهول القدر، والرهن في المجهول لا يصح فأما الآية فحجة عليه لأنه تعالى قال: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣] ثم قال تعالى ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] فكان الدين المذكور شرطاً في صحة الرهن، كالقبض المذكور. وأما ما ذكره من حبس المبيع بيد متقدمة فغلط لأنه ليس يحبس المبيع بيده المتقدمة، وإنما يحبسه بعقد

البيع الحادث. وأما الذي ذكره من صحة ضمان ما لم يجب في ثلاثة مواضع، فالجواب عنه ما نحكيه من مذهبنا شرحاً وانفصالاً:

أما تقدم الضمان بقوله: ألق متاعك في البحر، وعليَّ قيمته، فليس هذا بضمان. وإنما استدعاء الإتلاف بعوض يجري الحكم فيه مجرى المعاوضات لأمرين:

أحدهما: أن الضمان إنما يلزم باللفظ، والضمان هاهنا يلزم بالإتلاف، لا باللفظ.

والثاني: أن الضمان لا يصح إلا بثلاثة أنفس: ضامن، ومضمون عنه، ومضمون له. وليس كذلك هاهنا فسقط الاحتجاج به.

فصل: وأما ضمان درك المبيع قبل استحقاقه، فمذهب الشافعي رحمه الله جوازه.

وقال أبو العباس بن سريج ضمان الدرك لا يجوز لأنه ضمان مال قبل وجوبه. وهذا غلط، بل ضمانه جائز ولا يكون ضامن مال قبل وجوبه. لأنه ليس يخلو إما أن يكون المبيع مستحقاً أو ملكاً، فإن كان ملكاً، فالضمان لم يجب، وإن كان مستحقاً فقد استحق ثمنه بالقبض فيكون من ضمان ما قد وجب.

فإن قيل: إذا جاز ضمان الدرك فهل لا جاز أخذ الرهن فيه؟

قيل: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن ضمان الدرك واجب على البائع، فجاز أن يضمنه عنه أجنبي، ودفع الرهن غير واجب على البائع فلم يجز أن يرهن عنه أجنبي.

والثاني: أن في أخذ الرهن إضراراً براهنه. إذ ليس يعلم وقت استحقاقه، وليس في الضمان إضرار بضامنه فجاز الضمان لزوال الضرر فيه ولم يجز الرهن، لحصول الضرر فيه.

فصل: وأما ضمان نفقات الزوجات ففي جوازه قولان:

أحدهما: لا يجوز ضمانها وهذان القولان مبنيان على اختلاف قولي الشافعي: متى تجب نفقة الزوجة؟ فعلى قوله في الجديد تجب بالعقد والتمكين. فعلى هذا ضمانها باطل لأنه ضمان ما لم يجب.

والثاني: وهو قوله في القديم: تجب بالعقد جملة، ويستحق قبضها بالتمكين فعلى هذا ضمانها جائز، لأنه ضمان ما وجب وفي جواز أخذ الرهن بها وجهان:

أحدهما: يجوز الضمان.

والثاني: لا يجوز كالدرك.

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : «وَيَجُوزُ ارْتِهَانُ الْحَاكِمِ وَوَلِيِّ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ لَهُ وَرَهْنُهُمَا عَلَيْهِ فِي النَّظَرِ لَهُ وَذَلِكَ أَنْ يَبِيعَا وَيَفضلا وَيَرْتَهِنَا فَأَمَّا أَنْ يُسَلِّفَا وَيَرْتَهِنَا فَهُمَا ضَامِنَانِ لأَنَّهُ لاَ فَضْلَ لَهُ فِي السَّلَفِ يَعْنِي الْقَرْضَ وَمَنْ قُلْتُ لاَ يَجُوزُ ارْتِهَانُهُ إِلاَّ فِيمَا يَفْضُلُ مِنْ وَلِيٍّ لِيَتِيمٍ أَوْ أَبٍ لابْنٍ طِفْلٍ أَوْ مُكَاتِبٍ أَوْ عَبْدٍ مَأْذُونٍ لَهُ فِي التِّجَارَةِ فَلاَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَرْهَنَ شَيْئاً لأَنَّ الرَّهْنَ أَمَانَةٌ وَالدَّيْنَ لاَزِمٌ (قال) فَالرَّهْنُ نَقْصٌ عَلَيْهِمْ فَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَرْهَنُوا إِلاَّ حَيْثُ يَجُوزُ أَنْ يُودِعُوا أَمْوَالَهُمْ مِنَ الضَّرُورَةِ بِالْخَوْفِ إِلَى تَحْوِيلِ أَمْوَالِهِمْ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ».

قال الماوردي: وقد مضى الكلام فيمن يرهن ويرتهن لنفسه. فأما المولى عليه لصغر أو سفه أو جنون فلا يجوز له التصرف في ماله برهن ولا ارتهان.

ويتولى ذلك وليه من أبيه أو وصي للورثة أو أمين حاكم فإذا أراد الولي ذلك، فالحكم فيه مشتمل على فصلين:

أحدهما: في الارتهان له في ذمته.

والثاني: في الرهن عليه في ماله.

فأما الفصل الأول وهو الارتهان له في دين ثبت له فعلى ضربين:

أحدهما: أن يرتهن له في دين متقدم قد استقر في ذمة من هو عليه بغير رهن فيأخذ له على ذلك رهناً. فهذا جائز؛ لأن أخذ الرهن في دين قد استقر بلا رهن زيادة وثيقة وفضل نظر.

والضرب الثاني: أن يرتهن له في دين مستحدث بعقد وذلك في شيئين:

أحدهما: في شيء يبيعه من ماله.

والثاني: في شيء يقرضه من ماله.

فأما البيع إذا كان لغبطة أو حاجة فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون بنقد.

والثاني: أن يكون بنساء.

فإن كان بنقد لم يجز أن يأخذ عليه رهناً لأنه لا يجوز أن يخرج المبيع من يده إلا بعد استيفاء ثمنه. فلا معنى لأخذ الرهن عليه؛ لأن ارتهان المبيع على ثمنه أولى من تسليمه وأخذ رهن بثمنه.

وإن كان البيع بنساء فصحة البيع موقوفة على خمسة شروط:

فالشرط الأول: أن يكون في الثمن فضل، وهو مثل أن يكون ثمن السلعة المبيعة نقداً بمائة فيبيعها نسيئة بمائة وخمسين، فيكون حظ المولى عليه في النسيئة ما حصل له من فضل الربح، وأما أن يبيعه نسيئة بالثمن الذي يساوي نقداً وهو مائة درهم، فلا يجوز، لأنه لا حظ في تأجيل حق يقدر على تعجيله.

الشرط الثاني: أن يكون المشتري ثقة موسراً فيجتمع فيه الوصفان: الثقة واليسار، فإن لم يجتمعا فيه لم يجز، لأنه إن كان معسراً فالمال تائه وإن كان خائناً فالجحود مخوف.

والشرط الثالث: أن يكون الأجل مقتصداً غير بعيد ولا متطاول؛ لأن في بعد الأجل وتطاول المدة تغريراً بالدين، وإضاعة للحق.

واختلف أصحابنا في تحديد الأجل الذي لا يجوز له الزيادة عليه: فحده بعضهم بالسنة وقال: إن كان الأجل زائداً على السنة لم يجز. وامتنع سائر أصحابنا من تحديده بالسنة واعتبروا فيه عرف الناس وشاهد الحال؛ لأن ذلك قد يختلف باختلاف السلع. وتباين العادات فيها، فيجوز ما لم يخرج عن تعارف الناس في آجال تلك السلعة، ومنعوا منه ما خرج عن تعارف الناس من آجال تلك السلعة.

والشرط الرابع: أن يأخذ منه رهناً ليكون وثيقة في الحق، فلا يخرج من يده للمولى عليه مالاً إلا أن يأخذ له عليه مالاً. واختلف أصحابنا فيما يأخذ به رهناً من الثمن:

فقال أبو سعيد الاصطخري: يأخذ الرهن بالفاضل على ثمن النقد. ويتعجل قبض ثمن السلعة نقداً كأنها إذا كانت تساوي نقداً مائة نقداً ونساء مائة وخمسين، فعجل قبض المائة وأجل قبض الخمسين وأخذ منه رهناً بها، ولا يجوز أن يؤجل جميع الثمن ويأخذ منه رهناً به؛ لأن فيه تغريراً بماله.

وقال أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة وسائر أصحابنا: يأخذ منه رهناً بجميع الثمن ويكون جميعه مؤجلاً لأن الولي لو منع من هذا حتى يقبض قيمة السلعة نقداً ويؤجل الباقي ويأخذ به رهناً لكان ذلك متعذراً بل لا أحسبه في الغالب ممكناً، ولا أظن عاقلاً يفعله إذا لم يكن مضطراً.

فإذا ثبت أنه يجوز أن يأخذ بجميع الثمن رهناً فيحتاج أن يكون الرهن يقيم بجميع الثمن ويزيد عليه، فإن كان يعجز عن جميع الثمن لم يجز.

والشرط الخامس: أن يشهد على المشتري لتكون عليه بينة بذلك خوفاً أن يصير إلى

حالة يحتاج فيها إلى إقامة البينة عليه، لأن ذلك أبلغ في الاحتياط، وأوكد في التوثق.

فهذه خمسة شروط على المولى أن يفعلها في مال الولي عليه ليصح البيع والرهن فإن أخل بشرط منها نظر، فإن كان واحداً من الشروط الأربعة دون الشهادة بطل البيع والرهن، وإن أخل بالشهادة فعلى وجهين:

أحدهما: يبطل البيع والرهن، كالشروط الأربعة.

والثاني: لا يبطل. وتكون الشهادة تأكيداً؛ لأنها تراد للاستيثاق، والرهن أقوى استيثاقاً منها، ولم يفتقر الولي إليها. فهذا الحكم في بيع ماله وأخذ رهن به.

فصل: وأما قرض ماله وأخذ رهن به، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون الزمان آمناً، والسلطان عادلاً لا يخاف على المال التلف. ولا يخشى عليه الهلاك. فلا يجوز له أن يقرضه؛ لأن في إقراضه والحالة هذه عدم حظ وقل نظر، فإن أقرضه كان ضامناً.

والضرب الثاني: أن يكون الزمان مخوفاً والسلطان جائراً يخاف على المال التلف، ويخشى عليه الهلاك ففي جواز قرضه وجهان.

أحدهما: لا يجوز؛ لأن ترك المال وإن كان مخوفاً فالقرض مخوف. فلم يجز أن يتعجل أحد الخوفين.

والوجه الثاني: أن ذلك جائز وهو الصحيح؛ لأن قرضه أقل غرراً وتركه أكثر خوفاً. فعلى هذا يعتبر في صحة هذا القرض ثلاثة شروط:

فالشرط الأول: أن يقرضه لرجل ثقة مليء بحيث لو أراد أن يودعه مال المولى إليه كان أهلاً لذلك. فإن أقرضه غير ثقة، أو كان ثقة غير مليء لم يجز لما فيه من تغرير المال.

والشرط الثاني: أن يأخذ منه رهناً بذلك ليكون وثيقة بالدين الذي حصل عليه. ويكون في الرهن وفاء بالمال، فإن لم يأخذ منه رهناً أو أخذ منه رهناً ليس فيه وفاء لم يجز.

وقال بعض أصحابنا يجوز ألا يأخذ على القرض رهناً بخلاف البيع؟ لأن القرض إنما يجوز عند الخوف على المال، فلما جاز أن يخرج المال من يده خوفاً عليه، جاز ألا يأخذ رهناً تخوفاً عليه. وهذا غير صحيح، لأن المال إن تلف كان من ضمان المولى عليه، فجاز أن يخرجه من يده. وليس الرهن إن تلف من ضمانه فلم يجز أن يخرجه من يده.

والشرط الثالث: أن يشهد عليه ليكون أبلغ في الاستيثاق منه. فإن لم يشهد عليه، فعلى الوجهين الماضيين.

فهذا الكلام في الارتهان له في دينه.

فصل: فأما الرهن عليه من ماله فيما يثبت عليه من الدين فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون في دين متقدم.

والثاني: أن يكون في دين مستحدث.

فأما إن كان الدين متقدماً فقد استقر عليه بغير رهن. فلا يجوز للولي أن يستأنف إعطاء رهن من ماله في ذلك الدين، لأنه يتطوع في ماله. بإخراج ما لا يجب عليه.

وإن كان الدين مستحدثاً عن عقد فشيئان: ابتياع واقتراض.

فأما الابتياع: فإن لم يكن محتاجاً إلى شراء ما ابتاعه له كان باطلاً، ولم يجز أن يعطي عليه رهناً. وإن كان محتاجاً إلى شراء ما ابتاعه له أو كان فيه حظ له.

فإن كان واجداً لثمنه ابتاعه نقداً ولم يجز أن يبتاعه نساء لأمرين:

أحدهما: أن في ابتياعه بالنقد توفيراً عليه.

والثاني: أنه ربما تلف المال وكان الثمن باقياً عليه، فإذا ابتاعه بالنقد لم يجز أن يعطي بالثمن رهناً لأمرين:

أحدهما: أنه لا يجوز أن يرهن مع الثمن خوفاً من تلف المال.

والثاني: أن الرهن أمانة، فلم يؤمن تلف الرهن من ماله، ويبقى عليه الثمن.

فهذا حكم ما ابتاعه له بالنقد وذلك يجوز في موضعين:

أحدهما: أن يكون محتاجاً إليه كدار يسكنها، أو جارية يستخدمها أو ثوب يلبسه أو طعام يأكله.

والثاني: أن يكون له فيه حظ وإن لم يكن محتاجاً إليه، كالأمتعة للتجارة، والعقارات المستصلحة.

وأما أن يكون عادماً للثمن فلا يجوز أن يبتاع له شيئاً بالنسيئة إلا في موضع واحد، وهوأن يكون محتاجاً إلى ما لا يستغنى عنه من مأكول، أو لباس، أو ما في معناه مما لا يجد بدأ منه. فحينئذ يجوز أن يبتاع بالنسيئة إذا لم يجد في ماله ما يبتاعه له بالنقد. فإن وجد من يبتاع منه بالنساء من غير أن يعطيه بذلك رهناً فعل، ولم يجز أن يعطيه رهناً به، فإن أعطاه رهناً به كان ضامناً له، وإن لم يجد من يبيعه بالنساء إلا أن يأخذ منه رهناً جاز حينئذ أن يعطيه رهناً بقدر الدين فما دون ولا يجوز أن يعطيه أزيد قيمة من قدر الدين.

ويستحب أن يكون الرهن الذي يعطيه مما يقل الخوف عليه، كالأرضين والعقارات دون العروض والسلع، فإذا أعطاه بذلك رهناً اعتبرت حال البائع المرتهن، فإن كان ثقة أميناً جاز أن يكون الرهن موضوعاً في يده. وإن كان غير أمين لم يجز أن يوضع الرهن على يديه، خوفاً أن يدعي هلاكه ويطالب بدينه، ووضع الرهن على يدي عدل ثقة.

فصل: وأما الاقتراض له فإن لم يكن به حاجة إليه، لم يجز أن يقترض له فإن فعل كان ضمان القرض عليه. وإن كان محتاجاً إلى القرض إما للإنفاق عليه، أو للإنفاق على ماله في عمارة ما خرب من ضياعه ومرماه ما استهدم من عقاره وليس ينص شيء من ماله، جاز حينئذ أن يقترض له حسب حاجته من غير زيادة.

فإن أمكن ألا يعطي على ذلك رهناً، لم يجز أن يتطوع بإعطاء رهن، وإن لم يمكن الاقتراض له إلا برهن جاز أن يعطي من ماله رهناً لا يزيد على قدر القرض، ويوضع على يدي المقرض إن كان عدلاً أو على يدي عدل إن لم يكن المقرض عدلاً، فإن وضعه على يد المقرض وليس بعدل كان الولي ضامناً له.

فصل: وأما المكاتب في رهنه وارتهانه، فإن أراد أن يرهن شيئاً من ماله كان حكمه حكم ولي المحجور عليه إذا أراد أن يرهن شيئاً من مال المولى عليه، لا يختلف أصحابنا في ذلك، فيكون الحكم فيه على ما مضى سواء.

فأما إذا أراد أن يرتهن شيئاً من مال المولى عليه على دين له فإن كان ديناً قد استقر في ذمة من هو عليه بغير رهن جاز؛ لأن في أخذ رهن عليه زيادة وثيقة فيه.

وإن أراد أن يرتهن في دين مستحدث فإن كان قرضاً كان ولي المحجور عليه على ما مضى وإن كان بيعاً فإن كان نقداً لم يجز وكان المبيع نفسه رهناً، وإن كان نساء فهل يجوز أن يبيع بالنساء أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يجوز. فعلى هذا يكون كولي المحجور عليه في أخذ الرهن فيه.

والثاني: لا يجوز فعلى هذا لا يجوز أن يأخذ رهناً عليه لفساد البيع.

فصل: وأما العبد المأذون له في التجارة فلا يجوز أن يرهن شيئاً مما في يده إلا بإذن سيده.

فأما إذا أراد أن يأخذ رهناً على ثمن مبيع، فإن كان الثمن نقداً لم يجز أن يخرجه من يده ويأخذ رهناً به.

وإن كان الثمن نساء لم يخل حال إذن السيد له من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يأذن له في بيع النقد لا غير. فلا يجوز أن يبيع بالنساء، وإن باع نساء كان باطلاً سواء أخذ عليه رهناً أم لا.

والثاني: أن يأذن له في البيع نساء، فيجوز للعبد أن يأخذ على الثمن رهناً سواء أذن له السيد في أخذه أم لا ما لم ينهه عنه ولأن أخذ الرهن فيه زيادة احتياط للسيد.

والثالث: أن يأذن له إذناً مطلقاً من غير أن يشترط فيه النقد، ولا يأذن له فيه بالنساء.

فهذا الإطلاق يقتضي بيع النقد، لأن إطلاق الإذن يقتضي تعجيل العوض فعلى هذا: إن باع بالنساء لم يجز وكان باطلاً، سواء أخذ عليه رهناً أم لا.

وإذا أخذ العبد المأذون له رهناً فيما باعه على الوجه الذي بينا فقال العبد: قد فسخت الرهن لم ينفسخ، ولأنه وثيقة لسيده، فلم ينفسخ بقوله، ولكن لو قال السيد: قد فسخته. انفسخ لأنه وثيقة له، إلا أن يكون على العبد ديون فلا ينفسخ الرهن بفسخ السيد لأن ديون المأذون له في التجارة متعلقة بما في يده، فلم يكن للسيد أن يبطل حقوق أرباب الديون من الرهن، والاستيثاق به.

فأما المكاتب إذا أخذ رهناً على الوجه الجائز، فقال السيد: قد فسخته، لم ينفسخ، لأن تصرف السيد في مال المكاتب غير نافذ، وحاله معه كحاله مع الأجانب في المعاملات. ألا ترى أنه يجوز أن يرتهن من سيده، ويرهن عند سيده؟ وليس كذلك العبد المأذون له في التجارة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ**: «وَلَوْ كَانَ لِابْنِهِ الطِّفْلِ عَلَيْهِ حَقٌّ جَازَ أَنْ يَرْتَهِنَ لَهُ شَيْئاً مِنْ نَفْسِهِ لِأَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي الْقَبْضِ لَهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا كان ولي الطفل أبا أو جداً، فهو يستحق الولاية عليه بنفسه لفضل حنوه وكثرة نفقته، وانتفاء التهمة عنه في تصرفه، ألا ترى أن رسول الله ﷺ وصف حاله مع ولده فقال: الْوَلَدُ مَجْبَنَةٌ مَحْزَنَةٌ مَجْهَلَةٌ[1] فوصفه بهذه الصفة لما جبل عليه من محبته.

---

(١) أخرجه ابن ماجة عن عبدالله بن سلام وأخرجه أحمد في المسند ١٧٢/٤ والبيهقي في الكبرى ٢٠٢/١٠ والحاكم في المستدرك ١٦٤/٣ وعبدالرزاق في المصنف (٢٠١٤٣) وابن أبي شيبة (١٢ ـ ٩٧) وانظر كنز العمال (٤٤٥١٦).

فإذا كان الولي أباً أو جداً، جاز أن يفعل في مال ابنه مع نفسه ما يجوز أن يفعله في مال ابنه مع غيره من الأجانب.

فيجوز أن يبيع من مال ابنه على نفسه ما يجوز أن يبيعه من مال ابنه على غيره من الأجانب. ويجوز أن يشتري له من نفسه ما يجوز أن يشتريه لابنه من الأجانب ويجوز أن يقرض لابنه ويقترض منه ما يجوز أن يقترضه ويقرضه من الأجانب. ويجوز أن يرتهن من ابنه أو يرهن منه ما يجوز أن يرهنه ويرتهنه من الأجانب. ولو حصل لابنه عليه دين بلا رهن، جاز أن يأخذ له من نفسه رهناً به كما يجوز أن يأخذ له من الأجنبي لو كان الدين عليه رهناً به.

ولو حصل له على ابنه دين بلا رهن لم يجز أن يأخذ من ماله رهناً به كما لو كان الدين لأجنبي لم يجز أن يعطيه رهناً به.

فيستوي تصرفه في مال ابنه مع نفسه كما يستوي تصرفه في مال ابنه مع الأجانب، وإنما كان كذلك لما ذكرنا من اختصاصه بفضل الحنو وكثرة الشفقة وانتفاء التهمة.

وأما الأم: فقد اختلف أصحابنا: هل تستحق الولاية بنفسها كالأب؟ فقال بعضهم: تستحق الولاية بنفسها عند فقد الأب كالأب لمشاركته في حنوه وشفقته. فعلى هذا تكون أم الأم التي هي الجدة تستحق الولاية بنفسها عند عدم الأم كالأم.

وأما أبو الأم فهل يكون له؟ على هذا المذهب ولاية بنفسه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يلي بنفسه لأنه لما استحقت الأم الولاية بنفسها وكان لابنها ولاية عليها وجب أن يكون فيما استحقته من الولاية مشاركاً لها.

والوجه الثاني: لا ولاية له وإن وليت بنته كما لا حضانة له. ولأنه لما ضعف من الإرث، كان عن الولاية أضعف.

وقال سائر أصحابنا: لا ولاية لأم وهو ظاهر مذهب الشافعي لأنها وإن شاركت الأب في حنوه وشفقته، فللأب اختصاص بفضل النظر، وصحة التدبير، وجودة الرأي، وتنمية المال الذي هو مقصود الولاية. فباين به الأم لضعف النساء عن هذه الرتبة، وقلة وجود هذا المعنى فيهن غالباً، فلذلك لم يكن للأم ولاية بنفسها ولا لأحد أدلى بها.

فصل: فإذا أراد الأب أن يبتاع لنفسه من مال ابنه، أو يرتهن منه، أو أراد أن يبيع من مال نفسه على ابنه أو يرهن له من نفسه، ففي كيفية العقد وجهان:

أحدهما: أنه يعقد ذلك لفظاً ببذل وقبول فيقول إن كان هو المشتري من ابنه: قد بعت

كذا وكذا من مال ابني على نفسي بكذا وكذا درهماً. وقبلت ذلك لنفسي.

وإن كان هو البائع على ابنه قال: قد بعت داري التي بموضع كذا على ابني بألف درهم، وقبلت ذلك لابني فيصح العقد ويتم.

ثم إن كان بيعاً فله خيار المجلس، ما لم يفارق موضعه الذي عقد فيه. فإذا فارقه قام مقام افتراق المتعاقدين بأبدانهما في انبرام البيع.

والوجه الثاني: أنه يعقد بنيته دون لفظه. فينوي أنه قد باع على ابنه كذا وكذا وينوي أنه قبل ذلك عن ابنه من غير أن يتلفظ بذلك وبقوله لأن الإنسان لا يكون مخاطباً لنفسه. فوجب أن يقتصر في ذلك على نيته.

والوجه الأول عليه أكثر أصحابنا ولا يكون مخاطباً لنفسه، لأننا نحصل أحد اللفظين عن نفسه، والآخر عن ابنه، فيصير كأنه مخاطب لابنه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «وَإِنْ اقْتَضَى الرَّهْنَ لَمْ يَكُنْ لِصَاحِبِهِ إِخْرَاجُهُ مِنَ الرَّهْنِ حَتَّى يَبْرَأَ مِمَّا فِيهِ مِنَ الْحَقِّ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن عقد الرهن يلزم بالقبض، فإذا قبض المرتهن الرهن، صار لازماً من جهة الراهن دون المرتهن، لأنه وثيقة على الراهن، فكان لازماً من جهته ليصح الاستيثاق به إذا أراد فسخه قبل قضاء الحق لم يكن له، لأنه وثيقة للمرتهن.

فإذا صح هذا وتم الرهن بالقبض فقضى الراهن بعض الحق كان جميع الرهن بحاله رهناً في يد مرتهنه بما بقي من حقه.

وإنما كان كذلك؛ لأن جميع الرهن وثيقة بجميع الحق وبكل جزء منه، فلم يجز أن يخرج شيء من الرهن مع بقاء شيء من الحق. ألا ترى أن ذمة الضامن معقولة بالحق وبكل جزء منه، فلم تبرأ ذمة الضامن مع بقاء شيء من الحق. ولأنه لو تلف بعض الرهن كان جميع الرهن رهناً بما بقي منه كذلك إذا قبض بعض الحق كان جميع الرهن رهناً بما بقي منه.

فعلى هذا لو قال: قد رهنتك عبدي هذا بألف على أنني كلما قضيتك منها مائة خرج عشرة من الرهن، كان الرهن فاسداً لاشتراطه ما ينافيه فلو طالبه المرتهن بحقه، وسأل فكاك الرهن من يده، فقال الراهن: لا أدفع الحق إلا بعد استرجاع الرهن، وقال المرتهن: لا أرد الرهن إلا بعد قبض الحق، فالقول قول الراهن. وليس عليه دفع الحق إلا بعد إحضار الرهن. فإذا حضر لم يلزم المرتهن دفعه إلا بعد قبض الحق.

فصل: إذا قال: قد رهنتك عبدي هذا بالألف التي لك عليَّ إلى سنة، على أنني إن قضيتك الألف مع السنة فالرهن لي. وإن لم أقضك مع السنة فالرهن لك قد بعته عليك بالألف فهذا رهن باطل وبيع باطل.

أما الرهن فلأنه شرط فيه ما ينافيه إذ ليس من حكم الرهن أن يملك بالحق عند تأخر قضائه. وأما البيع فلأنه معلق بصفة، وعقد البيع لا يجوز أن يعلق بالصفات.

فإذا ثبت بطلان الرهن والبيع وكان المرتهن قد قبض هذا الرهن فهو غير مضمون عليه في السنة. فإذا انقضت السنة صار مضموناً عليه. وإنما كان غير مضمون عليه في السنة، ومضموناً عليه بعد السنة، لأنه في السنة مقبوض عن رهن فاسد والرهن الفاسد غير مضمون، لأن الرهن الصحيح غير مضمون، وهو بعد السنة مضمون عن بيع فاسد، والبيع الفاسد مضمون، لأن البيع الصحيح مضمون.

فصل: ولو قال: قد رهنتك عبدي هذا بألف إلى سنة. فإن قضيتك الألف مع السنة فالعبد لي، وإن لم أقضك فالعبد لك، وقد بعته عليك، كان الرهن جائزاً، والبيع باطلاً، بخلاف المسألة المتقدمة. لأنه لم يقل: على أنني إن لم أقضك، فقد بعته عليك فيخرجه مخرج الشرط. وإنما قال: فإن لم أقضك فقد بعته عليك. فأخرجه مخرج الخبر، فلم يقدح في صحة الرهن.

وبطل البيع كما بطل في المسألة الأولى لتعلقه بالصفة كتعلقه بها في المسألة الأولى ثم هو قبل السنة غير مضمون على المرتهن، لأنه مقبوض عن رهن صحيح، وبعد السنة مضمون على المرتهن لأنه مقبوض عن بيع فاسد.

فصل: فلو كان المرهون في المسألتين جميعاً أرضاً، فغرسها المرتهن، نظر في غراسه، فإن كان قد غرسه قبل تقضي السنة، كان للراهن أن يأخذه بقلعه ولا يغرم أرش نقصه وإن كان قد غرسه بعد تقضي السنة لم يكن للراهن أن يأخذه بقلعه، إلا أن يغرم أرش نقصه.

والفرق بينهما: أنه قبل السنة غير مأذون له في الغرس، لأنه رهن بيده، ولا يجوز للمرتهن أن يتصرف فيما بيده، فصار متعدياً. فلذلك أخذ بقلعه. وبعد السنة مأذون له في الغرس لأنه مبيع عليه، وللمشتري أن يتصرف فيما ابتاعه، فلذلك لم يؤخذ بقلعه.

فصل: إذا تزوج العبد امرأة بإذن سيده على صداق ألف، ثم إن السيد ضمن لها الألف عن عبده وأعطاها العبد نفسه رهناً بالألف لم يجز، وكان رهنه بها فاسداً؛ لأن أصل الدين مضمون على العبد فلم يجز أن يجعل رهناً في الدين، لأن الوثيقة غير الموثوق فيه.

ونظيره من الضمان: أن يضمن زيد عن عمرو ألفاً ثم يعود عمرو ليضمنها عن زيد، فيكون ضمان زيد باطلاً.

فأما إذا حصل لزوجة العبد على سيده مال عن معاملة: فأعطاها زوجها رهناً بمالها عليه كان ذلك جائزاً. والنكاح بحاله؛ لأن ارتهانها له استيثاق به في الحق فلم يمنع صحة النكاح.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَكْرَى الرَّهْنَ مِنْ صَاحِبِهِ أَوْ أَعَارَهُ إِيَّاهُ لَمْ يَنْفَسِخِ الرَّهْنُ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن خروج الرهن من يد المرتهن إلى يد الراهن لا يبطل الرهن؛ لأن استدامة قبضه ليست شرطاً في صحته خلافاً لأبي حنيفة. وقد مضى الكلام معه وإياه قصد الشافعي.

ولو أكرى الرهن من صاحبه أو أعاره لم ينفسخ الرهن. فإن قيل: فعلى مذهبكم أن منافع الرهن ونماءه للراهن فكيف يصح للراهن أن يستأجر الرهن أو يستعيره من المرتهن؟ ففيه أربعة أجوبة:

أحدها: أن الشافعي أراد بذلك أن عود الرهن إلى يد الراهن لا يفسخ الرهن رداً على أبي حنيفة حيث جعل عوده إلى يده فاسخاً للرهن. فعبر عنه بهذه العبارة، لأنها لفظ عطاء بن أبي رباح فأورده على جهته تبركاً به، ولم يرد به صحة إجاراته، وإعارته.

والجواب الثاني أن في المسألة إضماراً يصح عود الجواب إليه. وهو أنها مصورة في رهن فقد كان المرتهن استأجره من الراهن قبل الرهن أو بعده، فكان في يده بعقدين:

أحدهما: عقد الإجارة على منفعته.

والثاني: عقد الرهن على رقبته. فيكون المرتهن لأجل الإجارة مالكاً لمنافعه. فإن استأجره الراهن منه أو استعاره فالإجارة صحيحة، والعارية جائزة، وعقد الرهن بحاله لا ينفسخ.

وقد يصح مثل في الوصايا في رجل وصى برقبة عبده لرجل ومنفعته لآخر أو صحت الوصية لهما بموته وقبولهما. ثم إن الموصى له بالرقبة رهن رقبة العبد عند الموصي له بالمنفعة، فصارت المنفعة بالوصية والرقبة في يده بالرهن، فلو عاد الراهن فاستأجر العبد المرهونة رقبته أو استعاره لم ينفسخ الرهن.

والجواب الثالث: أن الهاء في قوله: ولو أكرى الرهن من صاحبه، كناية تعود إلى المرتهن دين الراهن، لأنه قد يجوز أن يضاف إلى المرتهن لأجل رهنه، كما يضاف إلى

الراهن لأجل ملكه، فإذا استأجر المرتهن الرهن أو استعاره لم ينفسخ الرهن بما حدث من العقد فكان في يد المرتهن بالرهن السابق، وعقد الإجارة الحادثة.

والجواب الرابع: إن هذا الكلام من الشافعي خارج على مذهبه في القديم، لأنه كان يقول في القديم: إن الراهن لا يجوز أن ينتفع بالرهن بنفسه وإنما له أن يؤاجره من غيره فقال: ولو أكرى الرهن من صاحبه أو أعاره إياه لم ينفسخ الرهن يريد أن الراهن وإن انتفع بالرهن بنفسه وفعل ما ليس له لم ينفسخ الرهن فأما مذهبه في الجديد فيجوز أن ينتفع به بنفسه ويؤاجره من غيره.

وهذا الجواب ذكره ابن أبي هريرة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ رَهَنَهُ وَدِيعَةً لَهُ فِي يَدِهِ وَأَذِنَ لَهُ بِقَبْضِهِ فَجَاءَتْ عَلَيْهِ مُدَّةٌ يُمْكِنُهُ أَنْ يَقْبِضَهُ فِيهَا فَهُوَ قَبْضٌ لأَنَّ قَبْضَهُ وَدِيعَةً غَيْرُ قَبْضِهِ رَهْناً (قَالَ) وَلَوْ كَانَ فِي الْمَسْجِدِ وَالْوَدِيْعَةُ فِي بَيْتِهِ لَمْ يَكُنْ قَبْضاً حَتَّى يَصِيرَ إِلَى مَنْزِلِهِ وَهِيَ فِيهِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل أودع رجلاً وديعة، ثم إن رب الوديعة رهنها عند المودع بحق ثبت له عليه.

فإن كانا جاهلين بالوديعة أو أحدهما فالرهن باطل، لأن رهن المجهول لا يصح وإن كانا عالمين بها وقد شاهداها جاز رهنها. لأنه لما جاز أن يرتهن ما ليس في يده كان ارتهان ما بيده أولى وإذا كان ارتهانها جائزاً، فلا بد من عقد وقبض.

فأما العقد فبذل من الراهن وقبول من المرتهن كسائر عقود الرهن. وأما القبض فيختلف على اختلاف حال الوديعة، لأن لها حالتين:

إحداهما: أن يتيقن المودع المرتهن كونها في يده.

والثاني: أن يشك في كونها بيده.

فإن تيقن كونها بيده فقبضها: أن يمر عليها بعد الرهن زمان القبض. وهل يحتاج إلى إذن الراهن في القبض أم لا؟

قال في هذا الموضع وفي كتاب الأم: من تمام القبض أن يأذن له في القبض وقال في كتاب الهبات: إذا وهب له وديعة في يده وقبلها الموهوبة له فاتت عليه مدة القبض فقد تم قبضها، ولم يشترط هناك الإذن في القبض. فاختلف أصحابنا: فكان بعضهم ينقل جواب كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى ويخرجه على قولين.

أحدهما: أنه لا بد من الإذن في القبض في الهبة والرهن جميعاً، لأنهما لا يلزمان إلا بالقبض وإنما لم يكن بد من إذنه في القبض، لأن يد المودع يد مالكها وفي ارتهانها أو هبتها

إزالة يد المالك عنها. وإذا كان كذلك وكانت في الحكم في يد المالك لم يكن بد من إذن في القبض كما لم يزل في يد المالك. فعلى هذا يكون القبض بشيئين:

أحدهما: الإذن في القبض.

والثاني: مضى زمان القبض ويكون أول زمان القبض من بعد الإذن في القبض. فلو أذن له في القبض بعد العقد بمدة يراعى زمان القبض من ذلك الوقت ولم يكن ما مضى من الزمان بعد العقد معتداً به.

والقول الثاني: أنه لا يحتاج إلى الإذن في القبض لا في الهبة ولا في الرهن جميعاً وإنما ذكر الشافعي الإذن في الرهن تأكيداً. وإنما لم يفتقر إلى الإذن في القبض، لأن القبض قد يختلف على اختلاف المقبوضات:

فقبض ما ينقل: أن ينقله للقابض، وقبض ما لا ينقل: أن يخلي بينه وبين القابض.

كذلك قبض ما في اليد: أن يمر عليه زمان القبض في يد القابض. فعلى هذا يتم القبض بشيء واحد، وهو مضي زمان القبض، وأول زمان القبض من حين العقد، ولا اعتبار بالإذن بخلاف القول الأول.

وقال آخرون من أصحابنا: ليس ذلك على قولين، وإنما الجواب على ظاهره في المسألتين فيحتاج رهن الوديعة إلى إذن في قبضها، ولا تحتاج هبة الوديعة إلى إذن في قبضها والفرق بين الرهن والهبة أن الرهن لا ينقل الملك فضعف عن أن يتم إلا بالإذن في القبض، والهبة تنقل الملك فقويت عن أن يفتقر تمامه إلى الإذن في القبض.

فعلى هذا يتم القبض في الهبة بشيء واحد: وهو مضي زمان القبض. ويتم في الرهن بشيئين:

أحدهما: الإذن في القبض.

والثاني: أن يمضي بعد الإذن زمان القبض فهذا الحكم في الوديعة إذا تيقن كونها بيده.

فصل: فأما إن شك في كون الوديعة في يده وذلك مثل أن تكون الوديعة عبداً أو حيواناً يدخل ويخرج، أو يكون غير حيوان في موضع قد حدث فيه خوف يجوز أن يتلف فيه. فمن تمام القبض في هذا:

أن يمضي المودع المرتهن بعد عقد الرهن إلى موضع الوديعة فيشاهدها باقية فيه. وهل يحتاج إلى مضي الراهن معه إلى موضعها أم لا؟ على وجهين لأصحابنا:

أحدهما: أنه لا يحتاج إلى مضي الراهن معه إلى موضعها وإنما يحتاج إلى مضي

المرتهن وحده ليعلم بقاءها فتكون على حالها في حكم أصلها. فعلى هذا يكون مضي للمرتهن وحده شرطاً في القبض دون العقد. فإن تقدم على مضي المرتهن جاز.

والوجه الثاني: لا بد من مضي الراهن معه لأنه كاستئناف عقده فعلى هذا لو مضى أحدهما لمشاهدتها لم يصح.

ولو مضيا جميعاً أو من ينوب عنهما من نائب أو وكيل فشاهداها باقية فيكون شرطاً في صحة العقد فيستأنفا عقد الرهن ولا يصح منهما ما تقدم من العقد. وهل يفتقر إلى الإذن في قبضها أم لا؟ على ما ذكرنا من اختلاف المذهبين المتقدمين:

أحدهما: أنه لا يحتاج إلى الإذن. فعلى هذا يتم القبض بشيء واحد، وهو مشاهدة الوديعة. فلو مر عليها زمان القبض قبل مشاهدتها لم يصح القبض.

والثاني: لابد من الإذن في القبض بعد المشاهدة. فعلى هذا يتم القبض بشيئين:

أحدهما: الإذن في القبض.

والثاني: المضي إلى موضع الوديعة لمشاهدتها باقية فيه. فإن قلنا: لا بد من مضي الراهن والمرتهن، وجب أن يكون إذن الراهن في قبضها بعد المضي لمشاهدتها. فإن أذن قبل مشاهدتها لم يقع الإذن موقعه، فاحتاج إلى إذن بعد مشاهدتها ليتم به القبض. فإن قلنا: إن مضي المرتهن وحده لمشاهدتها جائز وجب أن يكون إذن الراهن في قبضها قبل المضي لمشاهدتها فإن أذن له بعد مشاهدتها لم يتم القبض حتى يمضي بعد الإذن زمان القبض، فيتم حينئذ القبض فيكون تقدم الإذن وتأخره على اختلاف الوجهين في حضور الراهن مع المرتهن وعليهما يختلف الحكم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يَكُونُ الْقَبْضُ إِلاَّ مَا حَضَرَهُ الْمُرْتَهِنُ أَوْ وَكِيلُهُ لاَ حَائِلَ دُونَهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

قد ذكرنا أن قبض الرهن شرط في لزومه. وإذا كان كذلك لم يصح القبض إلا بحضور المرتهن أو وكيله، لأن القبض له.

فإن وكل الراهن في قبضه له لم يجز. لأنه لا يصح أن يكون قابضاً من نفسه. ولو وكل المرتهن عبد الراهن في قبض الرهن له لم يجز؛ لأن يد العبد يد سيده. فلما لم يجز توكيل الراهن في قبضه لم يجز توكيل عبده. ولو وكل ابن الراهن أو أباه جاز؛ لأن يد الابن والأب ليست يداً له.

وأما حضور الراهن فقد ذكرنا من قبل ما يفتقر إلى حضوره وما يفتقر إلى إذنه دون حضوره.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَالإِقْرَارُ بِقَبْضِ الرَّهْنِ جَائِزٌ إِلاَّ فِيمَا لاَ يُمْكِنُ فِي مِثْلِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا أقرّ الراهن بتسليم الرهن وأقرّ المرتهن بقبضه فقد لزم الرهن بإقرارهما، كما يلزم بمشاهدة قبضهما، لاستوائهما في الحكم بهما.

وإذا ثبت هذا فللرهن المقر بقبضه حالان:

أحدهما: أن يكون الرهن حاضراً.

والثاني: أن يكون غائباً.

فإن كان حاضراً صح إقرارهما بقبضه سواء أطلقا الإقرار بقبضه أو قيداه بزمان؛ لأن الحاضر يمكن قبضه في طويل الزمان وقصيره.

وإن كان غائباً لم يخل حال الإقرار بقبضه من أحد أمرين: إما أن يكون مطلقاً أو مقيداً. . .

فإن كان مطلقاً كان الإقرار بقبضه لازماً، وهو أن يقرا وهما بالبصرة بقبض دار مرهونة بالكوفة ولا يذكران زمان القبض فهذا إقرار صحيح؛ لأن إطلاق إقرارهما بالقبض يقتضي وقوعه في زمان ممكن فلذلك لزم.

وإن كان الإقرار مقيداً بزمان لم يخل حال الزمان من أحد أمرين:

إما أن يكون القبض فيه ممكناً أو غير ممكن.

فإن كان ممكناً فصورته أن يقرا بالبصرة بقبض دار بالكوفة منذ عشرة أيام وأكثر فهذا إقرار صحيح؛ لأن القبض في هذه المدة ممكن.

وإن كان غير ممكن فصورته أن يقرا بالبصرة بقبض دار بالكوفة منذ يوم أو يومين فهذا إقرار باطل لاستحالة القبض في هذه المدة. وهو معنى قول الشافعي: والإقرار بالقبض للرهن جائز إلا فيما لا يمكن في مثله.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَرَادَ الرَّاهِنُ أَنْ يُحَلِّفَ الْمُرْتَهِنَ أَنَّهُ قَبَضَ مَا كَانَ أَقَرَّ لَهُ بِقَبْضِهِ أَحْلَفْتَهُ».

قال الماوردي: وصورتها: أن يقر الراهن والمرتهن بقبض الرهن، فيصير مقبوضاً بإقرارهما ثم يرجع الراهن في إقراره ويدعي أنه كان قد أقر بتعليم الرهن على جهالة. فإن

صدقه المرتهن أن القبض لم يحصل فلا قبض والرهن غير لازم والراهن فيما بعد بالخيار إن شاء أقبض الرهن وإن شاء منع.

وإن لم يصدقه المرتهن في رجوعه وادعى حصول القبض الذي حصل بإقراره، فالقول قول المرتهن في حصول القبض، ولا يقبل رجوع الراهن فيما تقدم من الإقرار، لأنه قد حكم به عليه.

فإن سأل الراهن يمين المرتهن بالله أنه قبض الرهن فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون الراهن الذي أقر بقبضه غائباً عنهما. فلا بد من إحلاف المرتهن بالله أنه قد كان قبض الرهن. لأنه إذا كان غائباً فإقرار الراهن إنما يكون في الغالب على قول وكيله أنه سلم الرهن. ثم يعلم كذب الوكيل. وأنه لم يكن سلم الرهن فيكون لما ادعاه ثانية من عدم القبض السابق بإقراره وجه ممكن، فلذلك وجب أن يحلف له المرتهن فعلى هذا إن حلف المرتهن حكم له بالقبض وتمام الرهن، وإن نكل، ردت اليمين على الراهن. فإن حلف حكم له بما ادعاه من عدم القبض، وكان الرهن غير تام، وله أن يرجع فيه إن شاءه وإن نكل سقطت دعواه، وحكم بتمام الرهن.

والثاني: أن يكون الرهن المقر بقبضه حاضراً قبل حلف المتهم؟ على وجهين

أحدهما: وهو قول ابن سريج وأبي علي بن خيران: أن يجب إحلاف المرتهن، لأن إقرار الراهن يحتمل أن يكون في الحاضر عن قول وكيله، كما يحتمل في الغائب، فوجب أن يستوي حكم اليمين منهما.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق: لا يحلف المرتهن وإن حلف في الغائب؛ لأن الظاهر من أمر الحاضر أنه تولى تسليمه بنفسه، فلم يجب برجوعه يمين على المرتهن مع تقدم إقراره، وليس كذلك الغائب. وهكذا لو كان الإقرار بمال، أو قبض ثمن في مبيع، ثم عاد المقر فقال: كان إقراري بالمال قبل ثبوته، وإقراري بقبض الثمن قبل قبضه، وسأل يمين المقر له كان على هذين الوجهين في إحلاف المرتهن في الرهن الحاضر:

أحدهما: أن يحلف المقر له. وهو قول أبي العباس.

والثاني: لا يحلف وهو قول أبي إسحاق.

فصل: إذا أنكر الراهن تسليم الرهن فشهد شاهدان على إقراره بتسليم الرهن حكم عليه بالتسليم وتم الرهن. فإن سأل إحلاف المرتهن على ذلك لم يجب إحلافه سواء كان الرهن حاضراً أو غائباً.

فإن قيل: ما الفرق بين أن يكون مقراً بتقدم التسليم، فيسأل إحلاف المرتهن فيحلفونه. وبين أن يكون منكراً، فتقوم عليه البينة بإقراره، ثم يسأل إحلاف المرتهن فلا يحلفونه؟

قيل: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن في إحلاف المرتهن مع قيام البينة له جرحاً للشهود، وتعليلاً لشهادتهم، وليس كذلك في الإقرار.

والثاني: أنه مع الإنكار ليس بمستأنف لدعوى، وإنما ينكر شيئاً قامت به البينة عليه، فلم يجب مع البينة يمين، وليس كذلك في الإقرار، لأنه معترف بتقدم الإقرار وهو مستأنف لدعوى، فجاز أن يحلف المرتهن عنها.

فصل: إذا أقر الراهن والمرتهن بقبض الرهن ثم عاد المرتهن ينكر القبض ويدعي أن إقراره المتقدم كان على جهالة كما ادّعى الراهن من قبل لم يقبل رجوع المرتهن. فإن سأل إحلاف الراهن كان على ما مضى من رجوع الراهن وسؤاله يمين المرتهن، لاستوائهما في تمام القبض بإقرارهما.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَالْقَبْضُ فِي الْعَبْدِ والثَّوْبِ وَمَا يَحُولُ أَنْ يَأْخُذَهُ مُرْتَهِنَهُ مِنْ يَدَيْ رَاهِنِهِ وَقَبَضَ مَا لاَ يَحُولُ مِنْ أَرْضٍ وَدَارٍ أَنْ يُسَلِّمَ لاَ حَائِلَ دُونَهُ وَكَذَلِكَ الشِّقْصُ وَشَقْصُ السَّيْفِ أَنْ يَحُولَ حَتَّى يَضَعَهُ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ عَلَى يَدَيَّ عَدْلٍ أَوْ يَدَيِ الشَّرِيكِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، وجملة الكلام في القبض أنه يشتمل على فصلين:

أحدهما: في حكم القابض والمقبض وقد مضى.

والثاني: فيما يصير به الرهن مقبوضاً وهو أن كل شيء صار به المبيع مقبوضاً للمشتري صار به الرهن مقبوضاً للمرتهن. وقد مضى ذلك في كتاب البيوع وجملته: أن الرهن ضربان: محوز ومشاع.

فأما المحوز فضربان: منقول وغير منقول. فغير المنقول: الدُّور والعقار والأرضون. وقبض ذلك يكون برفع يد الراهن عنها، والتخلية بين المرتهن وبينها، والمنقول ضربان: ضرب يحتاج إلى كيل أو وزن فقبضه بشيئين: الكيل والتحويل إن كان مكيلاً. والوزن والتحويل إن كان موزناً.

وضرب لا يحتاج إلى كيل لا وزن. فقبضه ينقله عن موضعه إلى غيره، سواء أخرجه بالنقل عن ملك بائعه أم لا؛ نص عليه الشافعي. وقال أبو القاسم الداركي لا يكون قبضاً حتى يخرجه عن ملك بائعه لقوله ﷺ: «حَتَّى يَحُوزَه التُّجَّارُ إِلَى رِحَالِهِمْ».

فصل: فأما المشاع فضربان: منقول وغير منقول. فغير المنقول كأرض أو دار منه سهاماً منها مشاعاً، فصحة القبض في هذا مفتقراً إلى حضور الشريك، لأن من صحته ألا يكون هناك منازع وللشريك يد فكان حضوره في القبض شرطاً في صحته. فإذا حضر الشريك والراهن والمرتهن، ورفع الراهن يده عن حصته للمرتهن، وصارت في قبض المرتهن فإن تراضيا الشريك والمرتهن أن تكون الدار في يد المرتهن جاز. وإن تراضيا أن تكون في يد الشريك جاز. وإن تراضيا أن تكون على يدي عدل جاز.

وأما المنقول كسهم من ثوب أو سيف أو جوهرة أو عبد، فقبض ذلك غير مفتقر إلى حضور الشريك؛ لأن قبضه بالنقل والتحويل. فإن أذن الشريك للمرتهن في نقل جميعه صح، وإن أذن المرتهن للشريك في قبض جميعه له بالتحويل جاز، وإن أذنا لعدل في قبضه لهما جاز.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ فِي يَدَيِّ الْمُرْتَهِنِ بِغَصْبٍ لِلرَّاهِنِ فَرَهَنَهُ إِيَّاهُ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ مِنْهُ وَأَذِنَ لَهُ فِي قَبْضِهِ فَقَبَضَهُ كَانَ رَهْناً وَكَانَ مَضْمُوناً عَلَى الْغَاصِبِ بِالْغَصْبِ حَتَّى يَدْفَعَهُ إِلَى الْمَغْصُوبِ مِنْهُ أَوْ يُبَرِّئَهُ مِنْ ضَمَانِ الْغَصْبِ (قال المزني) قُلْتُ أَنَا يُشْبِهُ أَصْلُ قَوْلِهِ إِذَا جَعَلَ قَبْضَ الْغَصْبِ فِي الرَّهْنِ جَائِزاً كَمَا جَعَلَ قَبْضَهُ فِي الْبَيْعِ جَائِزاً أَنْ لَا يَجْعَلَ الْغَاصِبَ فِي الرَّهْنِ ضَامِناً إِذِ الرَّهْنُ عِنْدَهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ».

قال الماوردي: وهذا كما قال لو غصب رجل من رجل شيئاً كعبد أو ثوب ثم إن الغاصب حصل له على المالك مال فرهنه المالك الشيء المغصوب، فالرهن جائز ويصير في يد الغاصب بعقد الرهن بعد أن كان في يده بغصب.

وإنما جاز رهنه؛ لأن للغاصب المرتهن عليه يد ومن عقد على شيء في يده كان بالجواز أولى من عقده على ما ليس بيده. فإذا صح عقد الرهن عليه كان تمامه بشرطين:

أحدهما: مضي زمان القبض كما قلنا في الوديعة إذا كان بقاؤها معلوماً.

والثاني: الإذن في قبضه قولاً واحداً بخلاف الوديعة في أحد القولين لأن المودع قابض متسلم فلم يفتقر إلى إذن في أحد القولين، والغاصب ليس بقابض، فافتقر إلى إذن.

فإذا تم الرهن ولزم كان ضمان الغصب باقياً لا يزول عنه بالرهن الحادث.

وقال أبو حنيفة ومالك والمزني: قد زال ضمان الغصب بالرهن استدلالاً بأن عقد الرهن لا يقتضي زمان الغصب، كما أن عقد البيع لا يقتضي ضمان الغصب ثم ثبت أنه لو باعه عليه سقط ضمان الغصب، لأن العقد ينافيه فوجب إذا رهنه إياه أن يسقط عنه ضمان الغصب لأن العقد ينافيه. وتحرير ذلك قياساً: أنه عقد لا يقتضي ضمان الغصب لوجب إذا ورد على ضمان الغصب أن يسقطه كالبيع.

قالوا: ولأن ابتداء الرهن ينافي الضمان بدلالة أنه لو قال: رهنتك هذا الشيء على أن يكون مضموناً عليك لم يصر مضموناً، وإذا تنافيا بابتداء لم يجتمعا وكان أحدهما رافعاً للآخر، فلما ثبت عقد الرهن اتفاقاً انتفى الضمان حجاجاً.

قالوا: ولأن للغصب حكمين: الضمان بابتدائه. والإثم باحتباسه. فلما كان عقد الرهن رافعاً للإثم وجب أن يكون رافعاً للضمان.

وتحرير ذلك قياساً: أنه أحد موجبي الغصب فوجب أن يزول بعقد الرهن كالإثم؛ ولأن الرهن أمانة كما أن الوديعة أمانة، فلما صار مقبوضاً رهناً وجب أن ينتقل عن كونه كما لو صار مقبوضاً وديعة. فانتقل عن كونه مقبوضاً غصباً وتحرير ذلك قياساً: أنه عقد أمانة فوجب أن يكون رافعاً لضمان الغصب كالوديعة.

ودليلنا: هو أن المغصوب مضمون على غاصبه وعقد الرهن لا ينافي ضمان الغصب بدلالة أنه لو تعدى عليه بعد الرهن ضمنه ضمان الغصب فلما لم يمنع الرهن ضمان الغصب في الانتهاء لم يمنع ضمان الغصب في الابتداء. وتحرير ذلك قياساً: أنه عقد رهن فوجب ألا يمنع ضمان الغصب كالانتهاء؛ ولأن الشيء قد يصير مضموناً بالغصب كما يصير مضموناً بالجناية، ثم ثبت أن عقد الرهن لا ينفي ضمان الجناية فوجب ألا ينفي ضمان الغصب، وتحرير ذلك قياساً: أنه ضمان تعلق بعين، فوجب ألا يسقط بالرهن كضمان الجناية؛ ولأن العبد المغصوب قد يصير مرهوناً بجنايته، كما يصير مرهوناً بعقد سيده، ثم ثبت أنه لو جنى على الغاصب جناية وجب أرشها في رقبته ولم يسقط ضمان الغصب وإن صار مرهوناً بجنايته فوجب إذا رهنه بحق فصار وثيقة في رقبته ألا يسقط ضمان الغصب وإن صار مرهوناً في يده. وتحرير ذلك قياساً: أنه مضمون بالغصب فوجب ألا يسقط وجوب ضمانه بتعلق حق الغاصب برقبته كالجناية. ولأن ضمان الغصب لو سقط بارتهان الغاصب لسقط بارتهان غير الغاصب. فلما ثبت أن غير الغاصب إذا ارتهنه لم يسقط عن الغاصب ضمانه وجب إذا ارتهنه الغاصب ألا يسقط ضمانه عنه وتحرير ذلك قياساً: أنها عين مضمونة بالغصب فوجب ألا يسقط ضمانها بعقد الرهن. أصله: إذا رهنه عند أجنبي.

وأما الجواب عن قياسهم على البيع فالمعنى في البيع أنه يزيل ملك المالك، وإذا زال ملكه زالت أحكام ملكه، والضمان من أحكام ملكه، فسقط وانتقل الملك إلى المشتري، وملك الإنسان لا يكون مضموناً عليه. وليس كذلك الرهن لأنه لم ينقل الملك فلم يزل الضمان، على أن البيع لما كان منافياً للضمان في استدامته كان منافياً للضمان في ابتدائه، ولما كان الرهن غير مناف للضمان في استدامته كان غير مناف للضمان في ابتدائه.

وأما قولهم إن ابتداء الرهن مناف للضمان من ناحية الرهن مناف للضمان فغلط، لأن ابتداء الرهن، إنما كان منافياً للضمان من ناحية الرهن. وكذلك في استدامته مناف للضمان من ناحية الرهن فأما الضمان من غير جهة الرهن فلا ينافيه في ابتدائه كما لا ينافيه في استدامته.

وأما قياسهم بسقوط الضمان على سقوط الإثم، فالمعنى في الإثم: أنه مستحق باحتباسه على وجه العدوان، وبالرهن زال احتباسه بالعدوان وصار محتبساً بحق فلذلك زال الإثم، وليس كذلك الضمان لأنه وجب بابتداء الغصب على أنه لما لم يكن الرهن رافعاً للإثم المستحق باحتباسه قبل الرهن ولما كان رافعاً للإثم فيما بعد وجب أن يكون غير رافع للضمان المستحق قبل الرهن.

وأما قياسهم على الوديعة فلأصحابنا في الوديعة وجهان:

أحدهما: أن ضمان الغصب لا يسقط بالوديعة. وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، أن يد الإنسان لا تبرئه من حقوق الأجانب، كما لو كان له عليه طعام فوكله في اكتياله من نفسه وتركه في يده ففعل لم يسقط عنه الضمان. فعلى هذا قد استوى حكم الرهن والوديعة فسقط السؤال.

والثاني: وهو ظاهر المذهب أن ضمان الغصب يسقط بالوديعة ولا يسقط بالرهن والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن يد المودع يد المالك فصار بالوديعة كالعائد إلى يد مالكه وليس كذلك المرتهن، لأن يده لنفسه دون مالكه.

والثاني: أن الوديعة والضمان يتنافيان، ألا ترى أنه إذا تعدى في الوديعة خرج من أن يكون مودعاً وإذا تنافيا وصحت الوديعة سقط الضمان وليس كذلك الرهن لأن الرهن والضمان لا يتنافيان، ألا ترى أنه لو تعدى في الرهن لم يخرج من أن يكون مرتهناً فلم يسقط الضمان.

فصل: فإذا ثبت أن ضمان الغصب لا يسقط بالرهن فهو باق بحاله لا يسقط إلا بواحد من ثلاثة:

أحدها: أن يبرئه المالك بلفظ صريح فيقول: قد أبرأتك من الضمان فيبرأ حينئذ.

والثاني: أن يعود الشيء إلى يد المالك أو وكيله إما قبل الرهن أو بعده فيسقط الضمان حينئذ.

والثالث: أن يتفقا بعد الرهن أن يضعاه على يدي عدل اختاره الراهن فيسقط الضمان حينئذ فأما إن أودعه إياه فقد ذكرنا أن سقوط الضمان على وجهين:

فأما إن أجره إياه، فإن قيل: بالوديعة يبرأ من الضمان فبالإجارة أولى أن يبرأ من الضمان، وإن قيل: بالوديعة لا يبرأ من الضمان ففي الإجارة وجهان:

أحدهما: لا يبرأ بها من الضمان لأنها أمانة كالوديعة.

والثاني: يبرأ من الضمان، لأن الإجارات صنف من البيوع يستحق فيها عوضاً.

فأما إن جعله مضاربة في يده ففي سقوط الضمان عنه وجهان كالوديعة وفيها وجه ثالث هو عندي صحيح أنه ما لم يتصرف في المال بحق المضاربة فالضمان باق عليه. وإن تصرف فيه بابتياع شيء نظر، فإن ابتاع في ذمته ونقد المال لم يسقط الضمان، وإن ابتاع بعين المال سقط الضمان.

والفرق بينهما: أنه إذا اشترى بعين المال صار دافعاً للمال إلى مستحقه عن إذن المال فبرىء من ضمانه وإذا اشترى في ذمته صار قاضياً لدين تعلق بذمته فلم يبرأ من ضمانه.

فصل: إذا ابتاع الرجل شيئاً بيعاً فاسداً وقبضه كان ضامناً له ضمان غصب فإن رهنه إياه لم يسقط ضمانه ويكون حكمه حكم المغصوب فيما مضى من التفريع.

إذا استعار الرجل عارية فقد ضمنها، فإن ارتهنها فهل تبطل العارية أم لا: على وجهين:

أحدهما: لا تبطل بحدوث الرهن، وله أن ينتفع بها كما كان منتفعاً بها قبل الرهن فعلى هذا ضمانها باق عليه.

والثاني: قد بطلت العارية بالرهن وليس له أن ينتفع بها، فعلى هذا يسقط ضمانها، بخلاف الغصب، لأن الرهن هاهنا قد رفع العارية فارتفع حكمها وليس كذلك الغصب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ رهَنَهُ دَارَيْن فَقَبَضَ إِحْدَاهُمَا وَلَمْ يَقْبِضِ

الأُخْرَى كَانَتِ المَقْبُوضَةُ رَهْناً دُونَ الأُخْرَى بِجَمِيعِ الْحَقِّ».

قال الماوردي: إذا رهنه دارين بألف فإن أقبضه إياهما كانتا رهناً معاً وكل واحدة منهما رهناً بجميع الألف. ولو أقبضه إحداهما دون الأخرى كانت المقبوضة رهناً بجميع الألف.

وقال أبو حنيفة إن أقبضه الدارين كانتا رهناً بجميع الألف وكل واحدة منهما رهن بحصتها من الألف، وإن أقبضه إحداهما دون الأخرى كانت المقبوضة رهناً بحصتها من الألف، ولا تكون رهناً بجميع الألف استدلالاً بشيئين:

أحدهما: أن الرهن عقد على عين في مقابلة عوض كالبيع، فلما كان لو باعه دارين بألف كانت كل واحدة منهما مبيعة بحصتهما من الألف، ولا تكون مبيعة بجميع الألف فكذلك الرهن.

والثاني: أن الرهن وثيقة كالضمان، ثم ثبت أن رجلين لو ضمنا ألفاً عن رجل كانت بينهما، ولا تكون الألف على كل واحد منهما. كذلك الرهن إذا رهنه دارين بألف كانت الألف مقسطة عليهما ولا تكون جميع الألف في واحدة منهما.

والدلالة عليه شيئان:

أحدهما: أنه لما كان جميع الرهن محتبساً بجميع الدين وبكل جزء من أجزائه حتى لو رهنه على ألف فقضاه ألفاً إلا درهماً كان جميع الرهن محتبساً بالدرهم الباقي، دل على أن الرهن كله وكل جزء من أجزائه رهن في الحق كله وفي كل جزء من أجزائه.

فإن قيل: هذا فاسد بالمبيع يتقسط الثمن على أجزائه، ولو قبض البائع بعض ثمنه كان له حبس جميعه بالباقي؟ قلنا: عنه جوابان:

أحدهما: أن على البائع أن يسلم من المبيع بقسط ما قبض ويحتبس منه بقسط ما بقي حتى لو باع كرين من طعام بألف وقبض منها نصفها لزمه تسليم أحد الكرين، وكان له احتباس الكر الباقي فعلى هذا سقط السؤال.

والثاني: أنه لا يلزمه تسليم شيء من المبيع إلا بعد قبض جميع الثمن. ثم هذا السؤال لا يلزم؛ لأن في المبيع حقين: حق استحقاق، وهذا متقسط وحق استيثاق وهذا غير متقسط كالرهن، وهو إنما يحتبسه بحق الاستيثاق لا بحق الاستحقاق فصار من هذا الوجه كالرهن.

والدلالة الثانية: أن الرهن وثيقة في الحق كالشهادة والضمان ثم ثبت أن الشهادة وذمة

الضامن وثيقة في الحق كله وفي كل جزء من أجزائه فوجب أن يكون الرهن وثيقة في الحق كله وفي كل جزء من أجزائه.

وأما الجواب عما ذكره من المبيع، فالفرق بينهما:

أن الثمن في المبيع عوض عنه والعوض عن جميع الشيء لا يكون عوضاً عن بعضه وليس كذلك الرهن لأنه ليس بعوض وإنما هو وثيقة، والوثيقة في الشيء يجوز أن تكون وثيقة في بعضه.

وأما ما ذكروه من الضامنين فغير صحيح، لأن الضامنين هما كالعاقدين فلذلك تبعض، وكذلك الرهن إذا كان في عقدين كان متبعضاً كالضامنين.

وأما العقد الواحد فهو كالضامن الواحد.

فصل: فإذا ثبت أن المقبوضة من الدارين تكون رهناً بجميع الحق، فإن لم يكن ذلك مشروطاً في بيع فلا خيار للمرتهن، وإن كان مشروطاً في بيع فالمرتهن البائع بالخيار بين أن يقيم على المبيع بارتهان إحدى الدارين وبين أن يفسخ البيع، لأنه شرط ارتهان دارين فلم يحصل له إلا ارتهان إحداهما.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَصَابَهَا هَدْمٌ بَعْدَ الْقَبْضِ كَانَتْ رَهْناً بِحَالِهَا وَمَا سَقَطَ مِنْ خَشَبِهَا أَوْ طُوبِهَا يَعْنِي الآجُرَّ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

إذا رهن داراً فانهدمت لم يبطل الرهن، سواء انهدمت قبل القبض أو بعده، لبقاء ما يجوز أن يبتدأ بالعقد عليه.

فإن قيل: أليس لو استأجر داراً فانهدمت بطلت الإجارة؟ فهلا كان إذا ارتهن داراً فانهدمت بطل الرهن؟

قيل: الفرق بينهما: أن عقد الإجارة على المنافع، وبانهدام الدار تبطل المنافع فبطلت الإجارة. وعقد الرهن على عين الدار وما اشتملت عليه من خشب وطوب، وبانهدام الدار لا تذهب العين فلم يبطل الرهن، ألا ترى أنه لو استأجر داراً مهدومة لا يمكن الانتفاع بها لم تصح الإجارة ولو ارتهن داراً مهدومة لا يمكن الانتفاع بها صح الرهن.

فصل: فإذا ثبت أن انهدام الدار المرهونة لا يبطل الرهن، فلا يخلو انهدامها من أحد أمرين:

إما أن يكون قبل القبض أو بعده، فإن كان قبل القبض، كان المرتهن بالخيار إن كان الرهن مشروطاً في بيع بين إمضاء البيع وبين فسخه لما طرأ عليه من النقص قبل قبضه. وإن كان بعد القبض وهي مسألة الكتاب فلا خيار له؛ لأن العيب الحادث بعد القبض ليس بأكثر من تلف الرهن بعد القبض ولو تلف بعد القبض لم يكن له خيار. فأولى ألا يكون له بالعيب خيار وإذا لم يكن له خيار فما بقي من الدار ما سقط من خشب وطوب رهن بحاله يباع عند حلول الحق ويستوفى منه إن تعذر استيفاؤه من الرهن.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ رَهَنَهُ جَارِيَةً قَدْ وَطِئَهَا قَبْلَ الْقَبْضِ فَظَهَرَ بِهَا حَمْلٌ أَقَرَّ به فَهِيَ خَارِجَةٌ مِنَ الرَّهْنِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل رهن جارية فظهر بها حمل، فلا يخلو حال الراهن من أحد أمرين:

إما أن يدعيه أنه ولده أو لا يدعيه:

فإن ادعاه ولداً من وطء كان قبل الرهن، فالولد لا حق به بدعواه سواء صدق المرتهن أو كذب؛ لأن المرتهن لا حق له في الولد.

وأما الأم فترجع إلى تصديق المرتهن وتكذيبه فيها لما ثبت له من الحق في رقبتها بعد الرهن.

وإذا كان كذلك لم يخل حاله من أحد أمرين: إما أن يصدقه على ذلك أو يكذبه. فإن صدقه على ذلك صارت الجارية أم ولد للراهن، وخرجت من الرهن لاتفاقهما على كونها أم ولد وقت العقد. وإن كذبه المرتهن فللراهن حالان:

إحداهما: أن يكون قد أقر بوطئها قبل إقباضها للمرتهن ويعلم ذلك إما ببينة أو تصديق من المرتهن فيحكم بقوله وتخرج الجارية من الرهن وتصير أم ولد للراهن إذا جاءت به لزمان يمكن أن يكون عن وطء قبل القبض، وهو أن تضعه لأربع سنين فما دون فأما إن وضعته لأكثر من أربع سنين فقول الراهن غير مقبول لعلمنا بكذبه إذ الحمل لا يكون لأكثر من أربع سنين، فعلى هذا تكون الجارية رهناً لا تخرج من الرهن.

والحال الثانية: ألا يكون قد أقر بوطئها ولا حفظ ذلك عليه إلا بعد وضعها.

فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تضعه أقل من ستة أشهر من يوم القبض، فالقول قول الراهن، وتخرج

الجارية من الرهن وتصير أم ولد، لأنه لما كان أقل الحمل ستة أشهر علم تقدم العلوق على القبض.

والقسم الثاني: أن تضعه لأكثر من أربع سنين من يوم القبض، فالقول قول المرتهن، والجارية على حالها لا تخرج من الرهن، لأنه لما كان أكثر الحمل أربع سنين علم حدوث العلوق بعد القبض.

والقسم الثالث: أن تضعه لأكثر من ستة أشهر ودون أربع سنين فعلى قولين:

أحدهما: أن القول قول الراهن وتخرج من الرهن.

والقول الثاني: القول قول المرتهن ويصير الراهن كالواطىء بعد إقباض الرهن.

وهذان القولان مبنيان على اختلاف قولي الشافعي في الراهن إذا ادعى بعد إقباض الرهن أن عبده المرهون جنى قبل الرهن أو أنه أعتقه قبل الرهن وأنكر المرتهن فعلى قولين:

أحدهما: أن القول قول الراهن.

والثاني: أن القول قول المرتهن.

كذلك مسألتنا.

فإن قلنا: إن القول قول المرتهن فمع يمينه لا يختلف. فإن نكل ردت اليمين على الراهن، فإذا حلف خرجت من الرهن، وإن نكل كانت رهناً بحالها، فإن بدأت الجارية اليمين فعلى قولين مبنيين على اختلاف قوليه في غرماء المفلس إذا أجابوا إلى اليمين عند نكول المفلس قيماً يستحقه بيمينه إن حلف.

وإذا قلنا إن القول قول الراهن نفي اليمين وجهان مخرجان من اختلاف قوليه في الراهن إذا اعترف بجناية عبده قبل رهنه، أو أقر بعتقه وقيل إن القول قول الراهن هل عليه اليمين أم لا؟ على قولين: كذلك ها هنا وإذا كان القول قوله هل عليه اليمين أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يمين عليه.

والثاني: عليه اليمين.

فإن حلف خرجت من الرهن، وإن نكل ردت على المرتهن فهذا حكم الولد إذا ادعاه الراهن.

فصل: فأما حكم الولد إذا لم يدعيه الراهن ولداً فعلى ضربين:

أحدهما: ألا يكون منه إقراراً بوطئها وليس يدعي ولدها. فإذا كان كذلك كان الولد مملوكاً لا يلحق به، والجارية في الرهن إلا أن الولد لا يدخل في الرهن، لأن نماء الرهن عندنا خارج من الرهن.

والضرب الثاني: أن يكون قد أقر بوطئها قبل القبض، فالولد لاحق به، وهو حر إذا وضعته لزمان يمكن أن يكون منه ما لم يدع استبراءها فإن ادعى استبراءها كان القول قوله مع يمينه وكان الولد مملوكاً لا يلحق به إلا أن تضعه لأقل من ستة أشهر من وقت الاستبراء فيلحق به.

فأما خروج الأم من الرهن فقد قال أبو الفياض في شرحه: لا يخرج من الرهن لا يختلف القول فيه قال: لأن الولد لحق به لأجل الفراش لا بالاعتراف وهذا القول عندي غير صحيح؛ لأن خرجها من الرهن إنما يكون إذا صارت أم ولد، وهي تصير أم ولد بالفراش فوجب أن تخرج من الرهن إذا لحق ولدها بالاعتراف، وإذا كان كذلك فإن وضعته لأقل من ستة أشهر خرجت من الراهن فإن وضعت لستة أشهر فصاعداً فعلى قولين.

فلو قالت الجارية: هذا الولد من زنا وليس من الراهن لم يقبل قولها لأنها قد صارت فراشاً بالوطء السابق.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا من حكم الجارية إذا وضعته في خروجها من الرهن أو بقائها فيه مع لحوق ولدها بالراهن، انتقل الكلام إلى حكمها إن خرجت من الرهن وإلى حكمها إن بقيت في الرهن، فأما حكمها إن خرجت من الرهن في المواضع التي وصفنا.

فخروجها إنما يكون بعلوق قبل الرهن صارت به أم ولد فبطل الرهن وإذا كان كذلك، فإن لم يكن الرهن مشروطاً في بيع فقد بطل الرهن ولا خيار للمرتهن وإن كان مشروطاً في بيع، فلا يخلو حال الوطء الذي كان به الإحبال من أحد أمرين: إما أن يكون قبل عقد الرهن أو بعد عقد الرهن وقبل القبض. فإن كان الوطء بعد عقد الرهن وقبل القبض والبيع جائز لا يختلف والرهن باطل.

وإنما كان البيع جائزاً؛ لأن بطلان الرهن المشروط فيه كان بعد العقد فصار بطلانه كبطلان الرهن التالف بعد العقد وقبل القبض وذلك غير مبطل للبيع فكذلك هذا. وإذا لم يبطل البيع فالبائع بالخيار بعقد الرهن الذي شرطه بين إمضاء البيع بلا رهن وبين فسخه.

وإن كان الوطء قبل العقد فقد بان أنها كانت أم ولد حال العقد، فلم يجز رهنها ولا العقد عليها، وصار الثمن معقوداً بشرط رهن باطل فكان البيع قولان:

أحدهما: باطل لبطلان الرهن المقترن به في العقد.

والقول الثاني: جائز لاستقلال البيع بحكمه وصحة تميزه عن غيره، ولكن يكون البائع بالخيار بين إمضاء البيع بلا رهن وبين فسخه.. فهذا حكم الجارية إذا خرجت من الرهن، وما يتعلق به من بطلان البيع وخيار المرتهن. فأما حكمهما إذا بقيت في الرهن، فلا يجوز بيعها إذا أمكن استيفاء الحق من الراهن. فإذا استوفى الحق فيه خرجت من الرهن، ثم هي أم ولد له لا يجوز له بيعها ولا رهنها وإن لم يمكن استيفاء الحق منه بيعت لما قد تعلق برقبتها من حق المرتهن، فإن عاد الراهن فملكها بابتياع أو هبة فقد صارت أم ولد له محرم عليه بيعها ورهنها.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ اغْتَصَبَهَا بَعْدَ الْقَبْضِ فَوَطِئَهَا فَهِيَ بِحَالِهَا فَإِنِ افْتَضَّهَا فَعَلَيْهِ مَا نَقَصَهَا يَكُونُ رَهْناً مَعَهَا أَوْ قَصَاصاً مِنَ الْحَقِّ فَإِنْ أَحْبَلَهَا وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهَا لَمْ تُبَعْ مَا كَانَتْ حَامِلاً فَإِذَا وَلَدَتْ بِيعَتْ دُونَ وَلَدِهَا وَعَلَيْهِ مَا نَقَصَتْهَا الْوِلَادَةُ وَإِنْ مَاتَتْ مِنْ ذَلِكَ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا تَكُونُ رَهْناً أَوْ قَصَاصاً مِنَ الْحَقِّ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

أما إذا أراد الراهن أن يطأ الجارية المرهونة، فإن كان ذلك قبل القبض لم يمنع من الوطء؛ لأن رهنها قبل القبض غير لازم. فإن وطئها ولم تحبل لم يقدح ذلك في العقد المتقدم، فإن أقبضها بذلك العقد صح الرهن ولزم.

وإن أراد أن يطأ بعد القبض فللجارية المرهونة حالان:

إحداهما: أن تكون من ذوات الحيض والطهر اللاتي يخاف من وطئهن الحبل.

فلا يجوز للراهن وطؤها وإن كان أحق بمنافعها؛ لأن وطأها ذريعة إلى إحبالها وإحبالها مبطل لرهنها وما أدى إلى بطلان الرهن كان ممنوعاً منه.

فإن قيل: فيجوز أن يطأها دون الفرج. إذ ليس في ذلك إحبال لها قيل: لا يجوز. لأن وطئها دون الفرج داع إلى وطئها في الفرج، وما كان داعياً أمر ممنوع منه كان في نفسه ممنوعاً منه كإمساك الخمر فما كان داعياً إلى تناولها كان ممنوعاً منه كما كان ممنوعاً من تناولها.

والحال الثانية: أن تكون ممن لا تحبل إما لصغر أو إياس ففي جواز وطء الراهن لها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: يجوز له وطؤها؛ لأن حبلها المفضي إلى إبطال رهنها مأمون. فصار الوطء كالاستخدام.

والوجه الثاني: وهو قول جمهور أصحابنا: لا يجوز وطؤها، لأن الإياس مظنون وحبل المراهقة غير مأمون. فصار كالشراب لما كان ما يسكر منه غير محدود. ويختلف على حسب قوة الأشربة واختلاف الناس منع من قليله وكثيره.

فصل: وإذا ثبت أنه ممنوع من وطئها على ما وصفنا. فوطؤها على ضربين:

أحدهما: أن يطأ دون الفرج فلا حكم له، وهي بحالها رهن.

والضرب الثاني: أن يطأ في الفرج فلا حد عليه ولا تعزير، لأنها ملكه ثم هو على ضربين:

أحدهما: أن يحبلها.

والثاني: ألا يحبلها، فإن لم يحبلها فلها حالان:

أحدهما: أن تكون بكراً.

والثاني: أن تكون ثيباً. فإن كانت ثيباً فلا شيء على الراهن الواطىء من مهر ولا غيره؛ لأن المهر من كسبها وكسبها للراهن غير داخل في الرهن. ألا ترى أن أجنبياً لو وطئها فلزمه المهر كان ملكاً للراهن غير داخل في الرهن، فكذلك إذا كان الواطىء هو الراهن لم تلزمه غرامة المهر في الرهن.

وإن كانت بكراً فعليه أرش بكارتها وما نقصها الافتضاض بوطئه إياها ليكون رهناً معها أو قصاصاً من الحق وإنما لزمه أرش بكارتها ولم يلزمه مهرها؛ لأن أرش البكارة بدل من إتلاف عضو منها وذلك داخل في الرهن غير خارج منه كما لو قطع يدها. ألا ترى أن أجنبياً لو أزال بكارتها فلزمه أرشها كان الأرش داخلاً في الرهن، فكذلك إذا كان مزيل البكارة هو الراهن لزمه غرامة الأرش في الرهن. فهذا حكم وطئه إذا لم تحبل.

فأما إذا أحبلها بوطئه فالكلام في المهر وأرش البكارة على ما مضى من وجوب الأرش وسقوط المهر، ثم هي قبل وضع حملها رهن بحالها لجواز أن يكون الحمل غلطاً أو ريحاً. ولا يجوز بيعها في الرهن قبل وضعها لجواز أن يكون الحمل صحيحاً.

فإذا وضعت حملها فالولد حر لاحق بالراهن لأنه من أمته، وليس عليه غرم قيمته لأنه لو كان مملوكاً لكان غير داخل في الرهن.

فأما الأم فهي له أم ولد. وهل تخرج من الرهن أم لا؟ قال الشافعي رضي الله عنه في كتاب الرهن الصغير المنسوب إلى قوله في القديم:

إن كان معسراً لم تخرج من الرهن فإن كان موسراً فعلى قولين وقال في كتاب الرهن الكبير المنسوب إلى قوله في الجديد: أنه إن كان موسراً خرجت من الرهن وطولب بقيمتها. وتكون رهناً أو قصاصاً من الحق وإن كان معسراً فعلى قولين.

فحصل في خروجها من الرهن ثلاثة أقاويل:

أحدها: أنها تخرج من الرهن في اليسار والإعسار.

والقول الثاني: أنها لا تخرج من الرهن في اليسار والإعسار.

والقول الثالث: تخرج من الرهن في اليسار ولا تخرج منه في الإعسار.

وإذا قلنا: تخرج من الرهن في اليسار والإعسار فهو قول أبي حنيفة ووجهه ثلاثة أشياء:

أحدها: هو أن الرهن محتبس في يد المرتهن بدينه كما أن المبيع محتبس في يد البائع بثمنه، فلما كان حبس الجارية في يد البائع بالثمن لا يمنع من أن تصير بوطء المشتري أم ولد يحرم بيعها، كذلك حبس الجارية في يد المرتهن بدينه لا يمنع من أن تصير بوطء الراهن أم ولد يحرم بيعها.

والثاني: هو أن حق المرتهن يتعلق بالعين والذمة، وحكم الإحبال متعلق بالعين دون الذمة، والحقان إذا ترادفا وكان أحدهما متعلقاً بالعين والذمة، والآخر متعلقاً بالعين دون الذمة، كان ما تعلق بالعين دون الذمة متقدماً على ما تعلق بالعين والذمة، كالجناية إذا حدثت من الرهن كانت الجناية متقدمة لتعلقها بالدين.

والثالث: هو حكم الإحبال أقوى من الرهن من وجهين:

أحدهما: أن حكم الإحبال يقع في الملك ويسري إلى غير الملك. والرهن لا يصح إلا في ملك.

والثاني: أن حكم الإحبال يستوي فيه الرشيد وغير الرشيد والرهن لا يصح إلا من رشيد. فإذا كان الإحبال أقوى من الرهن في هذين الوجهين وزيادة غلب حكم الإحبال على الرهن... فهذا توجيه هذا القول.

وإذا قلنا: إنها لا تخرج من الرهن في اليسار والإعسار وهو قول داود فوجهه ثلاثة أشياء:

أحدها: هو أن حق المرتهن يتعلق برقبة الجارية المرهونة كما أن حق المجني عليه يتعلق برقبة الجانية، فلما لم يكن الإحبال مانعاً من بيعها في الجناية لم يكن الإحبال مانعاً من بيعها في الرهن.

والثاني: هو أن نفوذ الإحبال مبطل لوثيقة المرتهن من الرهن كما أن البيع مبطل لوثيقة المرتهن من الرهن، فلما كان بيع الراهن غير صحيح لما فيه من إبطال وثيقة المرتهن، وجب أن يكون إحبال الراهن غير نافذ لما فيه من إبطال وثيقة المرتهن.

والثالث: هو أن إثبات الرهن أولى من نفوذ الإحبال من وجهين:

أحدهما: أن الرهن أسبق من الإحبال فكان أولى.

والثاني: أن عقد الرهن تم باختيارهما، والإحبال حادث باختيار أحدهما فكان ما تم باختيارهما أولى، وإذا كان إثبات الرهن أولى من هذين الوجهين لم يكن للإحبال تأثير فيه فهذا توجيه هذا القول.

وإذا قلنا: إنها تخرج من الرهن في اليسار ولا تخرج منه في الإعسار فهو قول مالك ووجهه ثلاثة أشياء:

أحدها: هو أن الراهن ممنوع من التصرف في الرهن كما أن الشريك ممنوع من التصرف في حصة الشريك، فلما كان إحبال الشريك نافذاً في حصة شريكه في اليسار دون الإعسار، وجب أن يكون إحبال الراهن نافذاً في الرهن في اليسار دون الإعسار.

والثاني: هو أن الحقين إذا أمكن استيفاؤهما لم يجز إسقاط أحدهما وفي اليسار يمكن استيفاءهما وفي الإعسار لا يمكن تقدم الرهن، لأنه أسبقهما.

والثالث: هو أن الإحبال تصرف في عين تعلق بها استيفاء حق الغير منها، فوجب أن يعتبر اليسار في إمضاء تصرفه، والإعسار في رد تصرفه لأمرين:

أحدهما: أن التصرف موجب للغرم والموسر قادر على الغرم دون المعسر.

والثاني: أن رد التصرف حجر، والمحجور عليه بحق الدين هو المعسر دون الموسر فهذا توجيه هذا القول.

فصل: فإذا تقرر توجيه الأقاويل انتقل الكلام إلى إبانة حكم الجارية إذا قلنا بخروجها من الرهن، وإلى حكمها إذا قلنا ببقائها في الرهن.

فأما إذا قلنا: إنها قد خرجت من الرهن فقد صارت للراهن أم ولد بنفس العلوق لا

يختلف. وليس كما غلط بعض أصحابنا المتأخرين من البغداديين. فخرج ذلك على ثلاثة أقاويل:

أحدها: تصير أم ولد بنفس العلوق.

والثاني: بدفع القيمة.

والثالث: موقوف اعتباراً بوطء أحد الشريكين. وهذا خطأ من قائله، لأن وطء الراهن صادف ملكاً، وإنما يدفع القيمة لا غرماً للمتلف ولكن على وجه الاستيثاق للمرتهن فصارت بنفس العلوق أم ولد.

ولم يجز أن تصير بدفع القيمة أم ولد ألا ترى أنه لو قضى الدين ولم يدفع القيمة كانت له أم ولد، وليس كذلك حصة أحد الشريكين.

فإذا ثبت أنها تصير أم ولد بنفس العلوق، فعليه دفع قيمتها إلى المرتهن إن كان موسراً بها، سواء جعلنا اليسار شرطاً في خروجها من الرهن أم لا. لأنه لما غرم أرش نقصها بجنايته مع بقائها في الرهن، فأولى أن يغرم جميع قيمتها بخروجها من الرهن، فإن كان معسراً بها في الحال ثم أيسر فيما بعد غرم قيمتها إذا أيسر واعتبار القيمة وقت العلوق لا يختلف فيه المذهب، لأنه بالعلوق قد استهلك، وإذا كان كذلك، فالراهن بالخيار بين أن يجعل القيمة رهناً مكانها أو تكون قصاصاً من الحق فإن جعلها رهناً. فعليه أن يدفع جميع قيمتها وإن كانت أكثر من الحق لأنه يصير رهناً بدلاً عن الجارية المرهونة.

وإذا أراد أن يجعلها قصاصاً من الحق فعليه أن يدفع أقل الأمرين من قيمتها أو ما عليه من الحق، لأنه إن كانت قيمتها أكثر من الحق فليس للمرتهن إلا حقه، والزيادة للراهن، وإن كانت قيمتها أقل من الحق فقد عجل بعض ما عليه، ومن عجل بعض ما عليه لم يلزمه تعجيل باقيه فهذا حكمها إذا خرجت من الرهن.

فصل: فإذا تقرر توجيه الأقاويل فأما إذا قلنا: إنها لا تخرج من الرهن فلا يجوز أن تباع قبل وضعها، لأنها حامل بحرّ فإذا وضعت لم يخل حالها من ثلاثة أقسام:

إما أن تموت بالوضع، أو لا تموت لكن تنقص قيمتها، أو لا تموت ولا تنقص قيمتها بالوضع.

فأما القسم الأول وهو أن تموت بالوضع، فعليه غرم قيمتها لأن موتها بسبب منه كما لو قتلها فإن قيل أليس لو استكره أمة على الوطء فأحبلها فماتت من الولادة لم يكن يلزمه قيمتها فهلا كانت الجارية المرهونة إذا ماتت من وضعها بإحباله لا يلزمه قيمتها؟

قلنا: للشافعي فيه قولان:

أحدهما: أن عليه قيمتها إن كانت أمة وديتها إن كانت حرة. فعلى هذا لا فرق بين المرهونة وغيرها.

والقول الثاني: أنه لا شيء عليه في الحرة ولا في الأمة من دية ولا قيمة. فعلى هذا الفرق بين الراهن حيث غرم القيمة وبين غيره: أن الراهن يلحق به الولد الذي هو سبب موتها. وذلك من جهته فلزمه غرم قيمتها والمكره على الزنا لا يلحق به الولد، فلم يكن سبب موتها من جهته، فلم يلزم غرم قيمتها فإذا ثبت أن عليه غرم قيمتها فقد اختلف أصحابنا في اعتبار وقت القيمة على ثلاثة أوجه:

أحدها: وقت العلوق؛ لأن بالوطء كان التعدي.

والثاني: وقت الموت؛ لأن به استقر التلف وهو قول ابن أبي هريرة.

والثالث: أكثر ما كانت قيمة من وقت الوطء إلى وقت الموت كالغصب.

فإذا غرم القيمة كان بالخيارين أن تكون رهناً مكانها سواء كانت أكثر من الحق أو أقل، وبين أن تكون قصاصاً إن كانت أقل من الحق أو مثله وإن كانت أكثر من الحق لم يلزمه دفع الزيادة على الحق.

وأما القسم الثاني وهو ألا تموت لكن تنقص قيمتها بالوضع: فعليه غرم ما نقصتها الولادة يكون رهناً معها أو قصاصاً من الحق فإن أحب أن يكون رهناً معها كان كذلك سواء كان فيها وفاء بالحق أم لا.

وإن أحب أن يكون قصاصاً من الحق كان قصاصاً. فإن كان فيه وفاء للدين خرجت الجارية من الرهن وصارت أم ولد. وإن لم يكن فيه وفاء للدين وبقي منه شيء وإن قل كانت الجارية بحالها رهناً.

وأما القسم الثالث وهو أن تكون على حالها لم تمت ولم تنقص بالوضع: فلا شيء على الراهن، ثم لا يخلو حال الحق من أحد أمرين:

إما أن يكون حالاً، أو مؤجلاً: فإن كان مؤجلاً لم يجز أن تباع قبل الأجل، وإن كان حالاً لم يجز أن تباع قبل استغناء الولد عن ارتضاع اللبأ فإذا ارتفع اللبأ ووجدت مرضعة ترضعه تمام الرضاع جاز حينئذ أن تباع في الدين ويفرق بينها وبين الولد في البيع فإن قيل: أليس لو كان الولد مملوكاً لم يجز أن يفرق بينها وبين الولد في البيع حتى يستكمل سبعاً، فهلا قلتم كذلك في الولد إذا كان حراً؟ قيل: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الولد إذا كان مملوكاً أمكن أن تباع معه، فلم يجز أن تباع دونه وليس كذلك مع الحر.

والثاني: أن الولد إذا كان مملوكاً فحضانته للأم فإذا فرق بينهما سقطت الحضانة وليس كذلك الحر؛ لأن حضانته للأب، فلم يكن في التفريق بينهما إسقاط للحضانة.

فصل: فإذا ثبت جواز بيعها والتفريق بينها وبين ولدها لم يخل حال الدين من ثلاثة أقسام:

إما أن يكون مثل قيمتها من غير زيادة ولا نقص، أو يكون أكثر من قيمتها، أو يكون أقل من قيمتها. فإن كان الدين مثل قيمتها وتعذر استيفاء الدين من راهنها بيعت وصرف ثمنها في الدين وكذلك إن كان الدين أكثر من قيمتها بيعت وصرف ثمنها في الدين وكان باقي الدين في ذمة الراهن بغير رهن. فإن كان الدين أقل من قيمتها مثل أن تكون قيمتها ألفاً والدين خمسمائة فالواجب أن يباع منها بقدر الدين وهو النصف من غير زيادة عليه.

قال أبو إسحاق المروزي إلا أن لا يشتري النصف بحال فتباع جميعها ويصير الدين كأنه محيط بقيمتها ثم يقضي منه الدين، ويرد الباقي على الراهن.

فأما إذا أمكن بيع البعض منها بقدر الدين، فالواجب أن يباع ذلك القدر من غير زيادة، فلو كان له غرماء يستحقون بقية ثمنها لم يجز أن يباع الباقي منها؛ لأن ذلك القدر إنما بيع في دين المرتهن للرهن المتعلق به وليس كذلك باقي غرمائه، فإذا بيع منها بقدر دين المرتهن وهو النصف كان النصف الباقي أم ولد لا يجوز للراهن بيعه وكان هو وشريكه المشتري ممنوعين من الوطء، فإن مات الراهن عتقت حصته ولا تقوم عليه حصة شريكه. لأن التقويم بعد الموت لا يجب، وتكون حصة شريكه باقية على الرق، وإنما يعتق على الرهن قدر حصته.

وقال الشافعي: وتعتق بموته في قول من يعتقها فتوهم المزني أن الشافعي توقف في عتق أمهات الأولاد فقال: قد قطع الشافعي بعتقها في كتاب عتق أمهات الأولاد.

فيقال للمزني: الأمر على ما ذكرت، ومذهب الشافعي لم يختلف في عتق أمهات الأولاد بالموت، وأن بيعها لا يجوز في الحياة، وإنما قال:

وتعتق بموته في قول من يعتقها يعني من الصحابة؛ لأن فيهم من يخالف فقال: يجوز بيعها ولا تعتق بالموت وبه قال أهل الظاهر.

ومنهم من قال: لا يجوز بيعها وتعتق بالموت.

وبه قال سائر الفقهاء ليعلم أن في المسألة خلافاً وليس إجماعاً كما يقول مالك: إنها إجماع. بناء على أصله: أن من خالف من الصحابة خارج المدينة لم يكن خلافاً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا يَكُونُ إِحْبَالُهُ لَهَا أَكْبَرَ مِنْ عِتْقِهَا وَلَا مَالَ لَهُ فَأبطل الْعِتْقَ وَتُبَاعُ (قال المزني) يَعْنِي إِذَا كَانَ مُعْسِراً. (قال الشافعي) فَإِنْ كَانَتْ تُسَاوِي أَلْفاً وَالْحَقُّ مَائَةٌ بِيعَ مِنْهَا بِقَدْرِ الْمَائَةِ وَالْبَاقِي لِسَيِّدِهَا وَلَا تُوطَأُ وَتُعْتَقُ بِمَوْتِهِ فِي قَوْلِ مَنْ يُعْتِقُهَا (قال المزني) قُلْتُ أَنَا قَدْ قَطَعَ بِعِتْقِهَا فِي كِتَابِ عِتْقِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ (قال) وَفِي الْأُمِّ أَنَّهُ إِذَا أَعْتَقَهَا فَهِيَ حُرَّةٌ وَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ».

قال الماوردي: والحكم في عتق الرهن كالحكم في إحباله فإذا أعتق الراهن الجارية المرهونة بعد القبض بغير إذن المرتهن كان على ثلاثة أقاويل كما قلنا في إحباله:

أحدها: أن عتقه نافذ في اليسار والإعسار فلا يجوز بيعها وبه قال أبو حنيفة ووجهه مع ما تقدم ذكره شيئان:

أحدهما: قوله ﷺ: لَا عِتْقَ قَبْلَ مِلْكٍ فدليله نفوذ العتق بعد وجود الملك.

والثاني: هو أن في إبطال العتق إبطال حق لا يقوم غيره مقامه. وليس في إبطال الرهن إبطال الحق لأن ما في الذمة يقوم مقامه، فكان تنفية العتق أولى حراسة للحقين وإثباتاً للأمرين:

والقول الثاني: أن العتق باطل في اليسار والإعسار ويجوز بيعها وبه قال داود: ووجهه مع ما تقدم ذكره شيئان:

أحدهما: أن حق المرتهن متعلق بذمة الراهن ورقبة الرهن فلما لم يملك الراهن أن ينقل حق المرتهن من ذمته إلى ذمة غيره بالحوالة إلا باختيار المرتهن لم يملك أن ينقل حق المرتهن من رقبة الرهن إلى قيمته إلا باختيار المرتهن.

والثاني: هو أن تعلق حق المرتهن برقبة الرهن أقوى من تعلق حق غرماء المأذون له في التجارة بما في يده؛ لأن ذلك عن عقد وهذا عن غير عقد فلما ثبت أن سيد العبد المأذون له في التجارة لو أعتق عبداً في يد عبده المأذون له كان عتقه باطلاً لتعلق حقوق الغرماء به كان عتق الراهن عبده المرهون أولى أن يكون باطلاً لتعلق حق المرتهن به.

والقول الثالث: أن العتق نافذ في اليسار باطل في الإعسار وبه قال مالك ووجهه ما مضى من توجيه القول الأول. فإن قلنا يبطل في الإعسار فوجهه ما مضى في القول الثاني.

فصل: فإذا تقرر توجيه الأقاويل، فإن قلنا ببطلان عتقه فلا شيء عليه، والرهن على حاله وكأن لفظ العتق لم يوجد.

وإن قلنا بنفوذ عتقه فعليه قيمته إن كان موسراً، واعتبار القيمة من وقت تلفظه بالعتق، وهو حر باللفظ دون دفع القيمة قولاً واحداً كما قلنا في الإحبال؛ لأن عتقه صادف ملكه فإذا غرم القيمة كان بالخيار بين أن تكون رهناً مكانها أو قصاصاً من الحق على ما مضى وإن كان في حال عتقه معسراً ثم أيسر فيما بعد أخذت منه القيمة بعد يساره لأنه قد صار مستهلكاً للرهن ومن لزمه غرم ما استهلك وأعسر لم يسقط عنه إذا أيسر.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ بِيعَتْ أُمُّ الْوَلَدِ بِمَا وَصَفْتُ ثُمَّ مَلَكَهَا سَيِّدُهَا فَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ بِذَلِكَ الْوَلَدِ (قال المزني) قُلْتُ أَنَا أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ أَنْ لاَ تَصِيرَ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ لأَنَّ قَوْلَهُ إِنَّ الْعَقْدَ إِذَا لَمْ يَجُزْ فِي وَقْتِهِ لَمْ يَجُزْ بَعْدَهُ حَتَّى يُبْتَدَأَ بِمَا يَجُوزُ وَقَدْ قَالَ لاَ يَكُونُ إِحْبَالُهُ لَهَا أَكْبَرَ مِنْ عِتْقِهَا (قال) وَلَوْ أَعْتَقَهَا أَبْطَلْتُ عِتْقَهَا (قال المزني) قُلْتُ أَنَا فَهِيَ فِي مَعْنَى مَنْ أَعْتَقَهَا مَنْ لاَ يَجُوزُ عِتْقُهُ فِيهَا فَهِيَ رَقِيقٌ بِحَالِهَا فَكَيْفَ تُعْتَقُ أَوْ تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ بِحَادِثٍ مِنْ شِرَاءٍ وَهِيَ فِي مَعْنَى مَنْ أَعْتَقَهَا مَحْجُورٌ ثُمَّ أُطْلِقَ عَنْهُ الحَجْرُ فَهُوَ لاَ يجعلها حُرَّةً عَلَيْهِ أَبَداً بِهَذَا».

قال الماوردي: إذا أولد الراهن أمته المرهونة ثم بيعت عليه في أحد القولين أو بيع منها بقدر الدين ثم ملكها أو ملك ما باع منها صارت له أم ولد بذلك الإحبال وحرم عليه بيعها سواء ملكها بيبيع أو هبة أو ميراث، لأنها قد كانت أم ولد له بحملها بحر منه، وإنما بيعت بحق المرتهن. فإذا زال حق المرتهن وعادت إلى ملكه عادت إلى حكمها الذي كانت عليه في ملكه ألا ترى أنه لو أقرّ بعتقها وهي مرهونة فلم يحكم بنفوذ إقراره وبيعت عليه في الرهن ثم ملكها عتقت عليه بالإقرار الأول؛ لأن عتقها قد كان محكوماً به وإنما بيعت في حق المرتهن لتعلق حقه برقبتها قبل الإقرار فإذا زال حقه وعادت إلى ملكه نفذ عتقه كذلك أم الولد.

وقال أبو إبراهيم المزني: إذا ملك أم ولده بعد أن بيعت عليه لم تصر أم ولد له إلا بإحبال مستحدث بعد الملك الثاني استدلالاً بثلاثة أشياء.

أحدها: إن قال: العقد إذا لم يجز في وقته لم يجز بعده حتى يبتدأ بما يجوز والجواب عنه:

أن الإحبال ليس بعقد فيمتنع أن يقع موقوفاً، ألا ترى أن إحبال المحجور عليه كإحبال غير المحجور عليه في أنها تصير أم ولد له. ولو كان عقداً ما صح من المحجور عليه كما لا

تصح منه سائر عقوده، وإذا لم يكن عقداً لم يمتنع أن يكون موقوفاً على أم ولد لـه في الحال وإنما تباع بحق المرتهن.

والثاني: إن قال: لا يكون إحباله لها أكثر من عتقها ولو أعتقها أبطلت عتقها فإن ملكها لم تعتق عليه وكذلك إن أحبلها فبيعت عليه ثم ملكها لم تصر أم ولد له.

والجـواب عنه أن يقـال: من أصحابنـا من سـوى بين الإحبـال والعتق في النفـوذ بعـد الملك كما سوى المزني بينهما في الإبطال بعد الملك: فقال: إذا أعتق أمته المرهونة فبيعت عليه في الرهن ثم ملكها عتقت عليه، كما لو أحبلها فبيعت عليه ثم ملكها صارت أم ولد له. فعلى هذا، يسقط السؤال.

وقال سائر أصحابنـا: وهو منصـوص الشافعي أنـه إذا أعتقها فبيعت عليـه ثم ملكها لم تعتق عليه، ولو أحبلها فبيعت عليه ثم ملكهـا صارت أم ولـد له والفـرق بينهما أن العتق قـول فإذا أبطل في الحال لم يبق له حكم في الثاني. والإحبال فعـل إن لم يؤثر في الحـال جاز أن يؤثر في الثاني ألا ترى أنه لـو استولـد أمة غيـره بشبهة ملك لم تكن أم ولـد له في الحـال فإن ملكها صارت له أم ولد في الثاني على مذهب المزني وأحد قولي الشافعي ولو أعتق أمة غيـره ثم ملكها ومن بعد لم تعتق عليه، فبان الفرق بينهما.

والثـالث: إن قال: كيف تصيـر أم ولد لـه بحادث من شـراء وهي في معنى من أعتقهـا محجوراً عليه ثم أطلق عنه الحجر فهو لا يجعلها حرة عليه إن ملكهـا فكذلـك الإحبال إذا لم تصر له أم ولد في الحال لم تصر أم ولد إذا ملكها.

والجواب عنه أن يقال: اعتبار إحبال الراهن بعتق المحجور عليه لا يصح، لأن الراهن وإن كان في الرهن محجوراً عليه فقد اختلف. الحكم في إحبال المحجـور عليه وعتقـه. ألا تـرى أنه لـو أعتق أمته لم تعتق عليـه ولو أحبلهـا صارت أم ولـد له وإنمـا يصح اعتبـار إحبال الراهن بإحبال المحجور عليـه وعتق الراهن بعتق المحجـور عليه وهمـا سواء في الحكم لأن إحبالهما ينفذ وعتقهما لا ينفذ.

فأما قول الشافعي ولا يكون إحبالـه لها أكثـر من عتقها فلم يـرد به أن الإحبـال أضعف حـالاً من العتق، بل الإحبـال أولى وأقـوى من العتق لنفـوذه من المجنـون والمحجـور عليـه والمفلس والمـريض الذي قـد أحاطت ديـونه بتـركته وإن لم ينفـذ عتقهم وإنما أراد بـه معنى ذهب على المزني وهو أن العتق نافذ في الحال والإحبال سبب للعتق في ثاني حال قـال فلما لم يخرج من الرهن بالعتق الذي ينفذ في الحال فأولى ألا يخرج منه بالإحبال الذي هو سبب للعتق في ثاني حال.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَحْبَلَهَا أَوْ أَعْتَقَهَا بِإِذْنِ المُرْتَهِنِ خَرَجَتْ مِنَ الرَّهْنِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

إذا أذن المرتهن للراهن في عتق الجارية المرهونة أو إحبالها فأعتقها أو أحبلها نفذ عتقه وإحباله، وخرجت من الرهن في اليسار والإعسار ولا قيمة عليه.

وإنما كان كذلك لثلاثة معان:

أحدهما: أن العتق والإحبال فسخ إذ لا يصح رهن الحر وأم الولد. ولو أذن المرتهن للراهن في فسخ الرهن ففسخه صح الفسخ، فكذلك إذا أذن له في العتق والإحبال فأعتق أو أحبل وقع الفسخ.

والثاني: أن الرهن إنما يتعلق بالرق والعتق والإحبال إتلاف للرق. وإذا أذن المرتهن للراهن في إتلاف الرهن فأتلفه بطل الرهن كذلك إذا أذن له في العتق والإحبال ففعل بطل الرهن.

والثالث: أن الرهن يشتمل على حقين: حق ملك للراهن هو أقواهما وحق استيثاق للمرتهن هو أضعفهما، ثم ثبت أن الراهن لو أذن للمرتهن في البيع فباعه زال حق ملكه، فكذلك المرتهن إذا أذن للراهن في العتق أو الإحبال ففعل زال حق استيثاقه.

فصل: فإذا ثبت أن الرهن ينفسخ بذلك فلا يخلو حال الراهن من أحد أمرين: إما أن يفعل ما أذن له المرتهن من العتق أو الإحبال أو لا يفعل فإن لم يفعل كان الرهن على حاله لا ينفسخ بمجرد الإذن، لأن الإذن ليس بفسخ وإنما يصح به الفسخ.

وإن فعل ما أذن له فإن كان عتقاً نفذ في الحال، وإن كان وطأ ولم يحدث عنه إحبال فالرهن بحاله لأن الوطء إذا عرى عن الإحبال في الأمة جرى مجرى الخدمة وإن حدث عنه إحبال خرجت من الرهن ولا قيمة عليه.

فلو أذن له في وطئها دون إحبالها فوطئها وأحبلها خرجت من الرهن؛ لأن الاحتراز من الإحبال غير ممكن فصار مأذوناً فيه.

فصل: فلو رجع المرتهن في إذنه فإن كان رجوعه بعد العتق أو الإحبال لم يكن لرجوعه تأثير لوجوده بعد فسخ الرهن، وإن كان رجوعه قبل العتق والإحبال لم يكن للراهن أن يعتق ولا أن يطأ. فإن أعتق بعد رجوعه أو وطيء فأحبل فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون عالماً برجوعه. فيكون حكمه حكم من أحبل أو أعتق بغير إذن المرتهن فيكون غير نافذ في أحد القولين، وعليه غرم القيمة.

والضرب الثاني: أن يكون غير عالم برجوعه فعلى وجهين مخرجين من الوكيل المأذون له في البيع إذا رجع موكله عن الإذن ثم باع الوكيل قبل العلم.

أحدهما: أن يكون حكم إذنه باقياً حتى يعلم بالرجوع فعلى هذا يكون عتقه وإحباله نافذاً ولا قيمة عليه.

والوجه الثاني: أن حكم الإذن قد زال بالرجوع وإن لم يعلم، فعلى هذا يكون كمن أحبل وأعتق، بغير إذن، فيكون باطلاً في أحد القولين وجائزاً في القول الثاني وعليه القيمة.

فصل: قال الشافعي في كتاب الرهن الكبير من «الأم»: ولو أذن له المرتهن في ضربها فضربها فماتت لم يكن على الراهن غرم قيمتها؛ لأن إطلاق إذن المرتهن في ضربها يتناول قليل الضرب وكثيره، فصار ما فعله الراهن من الضرب المؤدي إلى تلفها عن إذن المرتهن فكان إسقاطاً للحق من رقبتها وجرى مجرى الفسخ بعتقها أو إحبالها.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ اخْتَلَفَا فَقَالَ الرَّاهِنُ أَعْتَقْتُهَا بِإِذْنِكَ وَأَنْكَرَ المُرْتَهَنُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ وَهِيَ رَهْنٌ وَهَذَا إِذَا كَانَ الرَّاهِنُ مُعْسِراً فَأَمَّا إِذَا كَانَ مُوسِراً أُخِذَ مِنْهُ قِيمَةَ الْجَارِيَةِ وَالْعِتْقُ وَالْوَلَاءُ لَهُ تَكُونُ مَكَانَهَا أَوْ قَصَاصاً».

قال الماوردي: إذا اختلف الراهن والمرتهن بعد عتق الراهن أو إحباله فقال الراهن: فعلت ذلك بإذنك ففعلي نافذ والرهن منفسخ. وقال المرتهن: بل فعلت ذلك بغير إذني، ففعلك مردود في أحد القولين، ومضمون في القول الثاني.

فإن كان للراهن بينة نفذ عتقه وإحباله. وفي البينة قولان:

أحدهما: شاهدان عدلان لا غير، وهذا على القول الذي يقول: إن عتق الراهن بغير إذن المرتهن باطل لأنها بينة تثبت العتق والعتق لا يقبل فيه إلا شاهدان.

والقول الثاني: أن البينة شاهدان أو شاهد وامرأتان أو شاهد ويمين وهذا على القول الذي يقول: إن عتق الراهن بغير إذن المرتهن نافذ فإنه للقيمة ضامن؛ لأن هذا حلف في ضمان مال والأموال يحكم فيها بشاهدين وشاهد وامرأتين وشاهد ويمين.

وإن لم يكن للراهن بينة، فالقول قول المرتهن مع يمينه بالله أنه لم يأذن له. لأمرين:

أحدهما: أن الراهن يدعي إذن المرتهن والمرتهن منكر، فكان القول قول المنكر.

فإذا ثبت أن القول قول المرتهن مع يمينه، أحلف فإن حلف صار الراهن كمن أعتق أو أحبل بغير إذن المرتهن فيكون على ما مضى.

فإن نكل المرتهن عن اليمين ردت على الراهن فإن حلف صار كمن أعتق أو أحبل بإذن المرتهن فيكون نافذاً ولا ضمان عليه فإن نكل الراهن فهل ترد اليمين على الجارية المرهونة أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا ترد عليها لأنه لا يحلف أحد عن غيره. فعلى هذا إذا امتنع الراهن من اليمين بعد نكول المرتهن كان الراهن كمن أعتق أو أحبل بغير إذن.

والقول الثاني: أن اليمين ترد على الجارية؛ لأن حق الحرية ثابت لها فجاز أن تحلف في حقها. فعلى هذا إذا حلفت صار الراهن كمن أعتق أو أحبل بإذن، فيكون ذلك نافذاً ولا ضمان عليه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَقَرَّ الْمُرْتَهِنُ أَنَّهُ أَذِنَ لَهُ بِوَطْئِهَا وَزَعَمَ أَنَّ هَذَا الْوَلَدَ مِنْ زَوْجٍ لَهَا وَادَّعَاهُ الرَّاهِنُ فَهُوَ ابْنُهُ وَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ وَلاَ يُصَدَّقُ الْمُرْتَهَنُ وَفِي الأَصْلِ وَلاَ يَمِينَ عَلَيْهِ (قال المزني) أَصْلُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ أَنَّهُ إِنْ أَعْتَقَهَا أَوْ أَحْبَلَهَا وَهِيَ رَهْنٌ فَسَوَاءٌ فَإِنْ كَانَ مُوسِراً أُخِذَتْ مِنْهُ الْقِيمَةُ وَكَانَتْ رَهْناً مَكَانَهَا أَوْ قَصَاصاً وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً لَمْ يَكُنْ لَهُ إِبْطَالُ الرَّهْنِ بِالْعِتْقِ وَلاَ بِالإِحْبَالِ وَبِيعَتْ فِي الرَّهْنِ فَلَمَّا جَعَلَهَا الشَّافِعِيُّ أُمَّ وَلَدٍ لأَنَّهُ أَحْبَلَهَا بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ وَلَمْ تُبَعْ كَأَنَّهُ أَحْبَلَهَا وَلَيْسَتْ رَهْنٌ فَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ مُوسِراً لَمْ تَكُنْ عَلَيْهِ قِيمَةٌ لأَنَّهُ أَحْبَلَهَابِإِذْنِ الْمُرْتَهَنِ فَلاَ تُبَاعُ كَأَنَّهُ أَحْبَلَهَا وَلَيْسَتْ بِرَهْنٍ فَتَفَهَّمْ».

قال الماوردي: وصورتها: أن يقر المرتهن للراهن بالإذن في وطئها على وجه يلحق به الولد لو لم ينكره وتخرج أمه من الرهن وذلك بأربعة شروط:

أحدها: أن يعترف المرتهن أنه قد أذن له في وطئها.

والثاني: أن يعترف المرتهن أنه وطئها.

والثالث: أن يعترف أنها وضعته وأنه منها لم تلتقطه.

والرابع: أن يعترف أن بين وطئه ووضعها مدة يمكن أن يكون منه وهي ستة أشهر فصاعداً.

فإذا اعترف المرتهن للراهن بهذه الأربعة ثم قال: وهذا الولد ليس منك، وإنما هو من زوج كان لها، أو من زنا، وقال الراهن: بل هو مني والجارية أم ولدي خارجة من الرهن،

فالقول قول الراهن؛ لأنها قد صارت فراشاً والأمة إذا صارت فراشاً لحق به ولدها إذا كان لحوقه به ممكناً، ولا يمين على الراهن لأنه لو نفاه لم ينتف، وإذا لم يقبل قوله في نفيه لم يكن عليه يمين في ادعائه.

فإذا ثبت أن القول قول الراهن بلا يمين فالولد حر لاحق به والجارية قد صارت أم ولد له وقد خرجت من الرهن ولا قيمة عليه في اليسار والإعسار.

فصل: فأما إذا أنكر المرتهن أحد الشروط الأربعة، فإن كان إنكاره للشرط الأول وهو الإذن فيقول الراهن للمرتهن: أذنت لي في وطئها ويقول المرتهن: لم آذن فالقول قول المرتهن مع يمينه والولد لاحق بالراهن بإقراره.

وإن كان إنكاره للشرط الثاني وهو الوطء، فيقول الراهن: وطأتها بإذنك ويقول المرتهن: لم تطأ. ففيه وجهان ذكرهما ابن أبي هريرة:

أحدهما: أن القول قول المرتهن ولا يمين عليه؛ لأن الوطأ فعله وإقامة البينة عليه غير ممكن.

والوجه الثاني: أن القول قول المرتهن مع يمينه، لأنه إذا لم يقر بالوطء فهو بمنزلة من لم يقر بالإذن، فكان القول قوله مع يمينه، والولد لاحق بالراهن بإقراره.

وإن كان إنكاره للشرط الثالث وهو الوضع، فيقول المرتهن: قد أذنت لك في وطئها فوطئها ولكن كان إنكاره الولد أنها لم تضعه ولكن التقطته. ويقول الراهن بل وضعته فالقول قول المرتهن مع يمينه والولد لاحق بالراهن بإقراره.

وإن كان إنكاره للشرط الرابع وهو المدة، فيقول المرتهن: وضعته لأقل من ستة أشهر من يوم الإذن، فالجارية رهن. ويقول الراهن: وضعته لستة أشهر فأكثر.

فهذا الاختلاف في زمان الوطء فيكون على وجهين كما لو اختلفا في الوطء:

أحدهما: أن القول قول المرتهن ولا يمين عليه.

والثاني: أن القول قول المرتهن مع يمينه، والولد لاحق بالراهن لإقراره.

فصل: فأما المزني فإنه نقل عن الشافعي بعد هذه المسألة أنه قال: إذا كان الراهن معسراً فأما إذا كان موسراً فتؤخذ قيمة الجارية ويكون رهناً مكانها أو قصاها.

ثم إن المزني اعترض على الشافعي في هذا فقال: كيف نلزمه قيمتها إذا كان موسراً وهو إنما أحبلها بإذن فوجب ألا تلزمه قيمة في اليسار ولا في الإعسار.

فيقال للمزني: الأمر على ما ذكرته ولا تلزم الراهن في هذه المسألة قيمتها إذا جعلنا القول قوله سواء كان موسراً أو معسراً، لأنه فعل ذلك بإذن المرتهن، ولكن الشافعي قال ذلك في المسألة التي قبلها: إذا اختلفا في الإذن فيكون القول قول المرتهن، ويلزم الراهن قيمتها إذا كان موسراً في أحد القولين فنقلته أنت أيها المزني من المسألة الأولى إلى المسألة الثانية. وقد ذكره الشافعي في الأم صحيحاً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ وَطِئَهَا الْمُرْتَهَنُ حد وَوَلَدُهُ مِنْهَا رَقِيقٌ لاَ يَلْحَقُهُ وَلاَ مَهْرَ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ أَكْرَهَهَا فَعَلَيْهِ مَهْرُ مِثْلِهَا وَلاَ أَقْبَلُ مِنْهُ دَعْوَاهُ الْجَهَالَةَ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ أَسْلَمَ حَدِيثاً أَوْ بِبَادِيَةٍ نَائِيَةٍ وَمَا أَشْبَهَهُ».

قال الماوردي: قد مضى الكلام في وطء الراهن بإذن وبغير إذن. فأما وطء المرتهن فلا يخلو فيه من أحد أمرين: إما أن يعلم تحريم ذلك أو لا يعلم.

فإن كان ممن يعلم تحريم ذلك وهو أن يكون عالماً بتحريم الزنا وأن وطأ المرهونة زنا، كان حكمه حكم الزاني ويتعلق بوطئه ثلاثة أحكام:

أحدها: وجوب الحد.

والثاني: انتفاء النسب.

والثالث: سقوط المهر إن طاوعت، ووجوبه إن أكرهت.

فأما الحد فهو واجب عليه. وأما هي إن طاوعته وجب عليها الحد أيضاً وإن أكرهها فعليه الحد دونها.

وقال أبو حنيفة لا حد على واحد منهما استدلالاً بقوله ﷺ «ادْرَءُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ» وعقد الرهن شبهة، فوجب أن يدرأ بها الحد قال: ولأن للمرتهن في الرهن حق الاستيفاء كما أن للسيد في المكاتبة حق الاستيفاء فلما لم يجب الحد على السيد في وطء المكاتبة وجب ألا يجب على المرتهن في وطء المرهونة حد.

وتحرير ذلك: أنه عقد على جارية أوجب استيفاء الحق منها فوجب أن يكون مانعاً من وجوب الحد بوطئها كالمكاتبة.

ودليلنا: هو أن تعلق حق المرتهن بالرهن كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس والعبد المأذون له في التجارة فلما لم يكن هذا مانعاً من وجوب الحد على الواطئ لم يكن الرهن مانعاً من وجوب الحد على الواطئ.

وتحرير ذلك أن نقول: لأنها وثيقة للحق المتعلق بها، فوجب ألا يمنع من وجوب الحد بوطئها. أصله: ما ذكرنا.

ولأن تعلق حق المجني عليه برقبة الأمة الجانية أقوى من تعلق حق المرتهن بالأمة المرهونة؛ لأن حق المجني عليه إذا طرأ على حق المرتهن قدم به فدل على قوته، وإذا كان حق المجني عليه أقوى ولم يمنع من وجوب الحد بوطئه فأولى أن يكون حق المرتهن مع ضعفه غير مانع من وجوب الحد بوطئه.

فأما قوله بأن الرهن شبهة فغلط، لأن الشبهة المسقطة للحد إما أن تكون شبهة عقد كالنكاح بلا ولي ولا شهود أو شبهة ملك كالأمة بين الشريكين، أو شبهة في الفعل كمن وجد على فراشه امرأة فظنها زوجته أو يكون جاهلاً بالتحريم. وليس الرهن واحداً من هذه فلم تكن شبهة في إسقاط الحد.

وأما قياسهم على المكاتبة: فالمكاتبة باقية على ملكه من وجه وإن كانت خارجة عن ملكه على وجه. ألا ترى أنه لو أعتقها عتقت ولو عجزت عادت إلى ملكه كما كانت. فسقط عنه الحد لبقاء ملكه، وليس كذلك المرهونة.

وأما الحكم الثاني وهو انتفاء النسب فيكون الولد مملوكاً للراهن غير لاحق بالمرتهن، لأن الزنا يمنع من لحوق النسب لقوله ﷺ «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ»[1].

وأما الحكم الثالث فهو وجوب المهر فينظر، فإن كان قد أكرهها على الوطء فعليه المهر.

وقال أبو حنيفة: لا مهر عليه وسيأتي الكلام معه في كتاب الغصب وإن طاوعته على الوطء.

فمذهب الشافعي: لا مهر عليه.

وقال أبو العباس بن سريج: عليه المهر ولا يسقط بمطاوعتها لأنه حق للسيد فلم يسقط ببذلها وإباحتها كما لو أذنت في قطع عضو من أعضائها لم يسقط الأرش عن الجاني عليها.

وهذا غلط «لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ مَهْرِ الْبَغْيِ»[2] وهذه بمطاوعتها بغي فوجب أن يسقط مهرها.

---

(١) أخرجه البخاري ٥/٣٧١ (٢٧٤٥) ومسلم ٢/١٠٨٠ كتاب الرضاع (٣٦ ـ ١٤٥٧).

(٢) أخرجه البخاري ٤/٤٢٦ (٢٢٣٧) ومسلم ٣/١١٩٨ كتاب المساقاة (٣٩ ـ ١٥٦٧).

ولأنه وطء وجب به الحد على الموطوءة فوجب ألا يجب به المهر كالحرة وأما ما ذكره من إذنها في قطع عضو من أعضائها فالفرق بينهما:

أن القطع إتلاف فلم يسقط غرمه بإذن من لا يملكه، وهذا الوطء زنا والزنا غير موجب للمهر سواء كان ممن يملك ذلك المهر أو لا يملكه.

فهذا الكلام في المرتهن إذا كان عالماً بالتحريم.

فأما إذا كان جاهلاً بتحريم الزنا، أو عالماً بتحريم الزنا جاهلاً بأن وطء المرهونة زنا لأنه أسلم قريباً أو كان ببادية نائية أو كان ببعض جزائر البحر النائية عن أقاليم المسلمين، أو نشأ في بلاد الشرك لسبب اعترضه فهذا ليس بزان ويتعلق بوطئه ثلاثة أحكام:

أحدها: سقوط الحد عنه لأن جهله بتحريمه شبهة في درء الحد عنه وهو إجماع الصحابة لما روي عن سعيد بن المسيب قال: كُنَّا بِالشَّامِ فَتَذَاكَرْنَا حَدِيثَ الزِّنَا فَقَالَ رَجُلٌ: زَنَيْتُ فَأَنْكَرْنَا عَلَيْهِ. فَقَالَ: أَحَرَامٌ الزِّنَا؟ فَكَتَبْنَا إِلَى عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَقَالَ: إِنْ كَانَ جَاهِلاً فَانْهَوْهُ فَإِنْ عَادَ فَارْجُمُوهُ.

وروي أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ أَعْتَقَ أَمَةً وَزَوَّجَهَا مِنْ رَاعٍ فَزَنَتْ فَحَمَلَهَا إِلَى عُمَرَ فَقَالَ لَهَا: زَنَيْتِ يَا لِكِعَا، فَقَالَتْ: نَعَمْ مَرْعُونَيْنِ بِدِرْهَمَيْنِ، فَقَالَ: لِعَلِيٍّ مَا تَقُولُ فِيهَا؟ فَقَالَ: قَدِ اعْتَرَفَتْ عَلَيْهَا الْحَدُّ. فَقَالَ لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ: مَا تَقُولُ فِيهَا؟ فَقَالَ: كَمَا قَالَ أَخِي عَلِيٌّ. فَقَالَ لِعُثْمَانَ: مَا تَقُولُ فِيهَا؟ فَقَالَ: أَرَاهَا تَسْتَهِلُّ كَأَنَّهَا لَمْ تَعْلَمْ وَإِنَّمَا الْحَدُّ عَلَى مَنْ عَلِمَ فَدَرَأَ عَنْهَا الْحَدَّ. وقوله: أراها تستهل كأنها لم تعلم يعني تعترف به اعتراف من لا يعلم.

فأما إذا كان عالماً بتحريم الزنا جاهلاً بوجوب الحد فيه حُدَّ ولم يكن ذلك شبهة في درء الحد عنه.

فأما الموطوءة فإن كانت مثله جاهلة بتحريمه فلا حد عليها وإن كانت عالمة فلا حد عليها إن كانت مكرهة وعليها الحد إن كانت مطاوعة.

والحكم الثاني: لحوق النسب؛ لأنه عن وطء شبهة، ويكون حراً، وعلى المرتهن الواطىء قيمته يوم سقط حياً للراهن لأنه لو لم يلحق بالمرتهن لكان ملكاً للراهن، ومن حصلت منه الحرية في ملك غيره كان عليه القيمة كالشريكين إذا أعتق أحدهما وكان موسراً.

والحكم الثالث: المهر: وهو على ما مضى من اعتبار حال الموطوءة: فإن كانت

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى ٨/٢٣٨ - ٢٣٩.

جاهلة بالتحريم فعليه المهر، وإن كانت عالمة، فإن أكرهها فعليه المهـر، وإن طاوعتـه فعلى مذهب الشافعي لا شيء عليه. وعلى مذهب أبي العباس بن سريج عليه المهر.

وجملة ذلك أن الأحكام المتعلقة بالوطء على ثلاثة أضرب:

ضرب يعتبر بالواطىء، وضرب يعتبر بالموطوءة وضرب يعتبر بكل واحد منهما.

فالذي يعتبـر بالـواطىء: هو النسب والعـدة فإن كـان له شبهـة لحق به النسب ووجبت عليها العدة. وإن لم تكن له شبهة انتفى عنه النسب ولم تجب عليها العدة.

والذي يعتبر بالموطوءة: وجوب المهر، فإن كان لها شبهة وجب لها المهر وإن لم تكن شبهة سقط المهر.

والذي يعتبر بكل واحد منهما: الحد. فـإن كان لهمـا شبهة سقط عنهمـا الحد وإن لم يكن لهما شبهة وجب عليهما، وإن كان لأحدهما شبهة دون الآخر سقط عمن لـه الشبهة دون الآخر.

مسألة: **قَـالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْـهُ: «وَلَوْ كَـانَ رَبُّهَا أَذِنَ لَـهُ فِي وَطْئِهَا وَكَـانَ يَجْهَلُ دُرِىءَ عَنْهُ الْحَدُّ وَلَحِقَ بِهِ الْوَلَدُ وَكَانَ حُرًّا وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ سَقَطَ وَفِي الْمَهْـرِ قَوْلَانِ أَحَـدُهُمَا أَنَّ عَلَيْهِ الْغُرْم وَالآخَرُ لَا غُرْمَ عَلَيْهِ لأَنَّهُ أَبَاحَهَا لَهُ».

قال الماوردي: قـد مضى الكلام في وطء المـرتهن بغير إذن الـراهن. فأمـا إذا وطىء بإذن الراهن فالإذن غير مبيح له الوطء؛ لأن الوطء لا يستباح إلا بملك أو نكاح.

فإذا كان كذلك فعلى الراهن الآذن التعزير لإقدامه على إباحة المحرمات.

وأما المرتهن الواطىء فلا يخلو حاله من أحد أمرين: إما أن يكون عالماً بـالتحريم، أو جاهلاً به.

وشبهته في الجهالة بتحريمه مع إذن الراهن أقوى من شبهته بغير إذنـه فإن كـان عالمـاً بالتحريم: فعلى ما مضى من وجوب الحد، وانتفاء النسب واسترقاق الولد.

وإن كان جاهلاً بالتحريم سقط عنه الحد، ولحق به الولد، وكان حراً.

وأما المهر فـإذا قلنا: أنـه لا يجب عليه في المسـألة الأولى إذا وطىء بغيـر إذن الراهن ففي هذه السألة أولى ألا يجب وهو أن تطاوعه الجارية عالمة بالتحريم، فلا مهر على مـذهب الشافعي لوجوب الحد على الموطوءة.

فإذا قلنا: إن المهر يجب إذا وطيء بغير إذن الراهن وهو أن تكون جاهلة بالتحريم، أو مكرهة مع علمها بالتحريم ففي وجوبه عليها إذا وطيء بإذن الراهن قولان:

أحدهما: لا مهر عليه؛ لأن الوطء يتعلق به حقان:

أحدهما: لله تعالى وهو الحد.

والثاني: للآدمي وهو المهر.

كما أن القتل يتعلق به حقان:

أحدهما: لله تعالى وهو الكفارة.

والثاني: للآدمي وهو الديّة.

ثم ثبت أنه لو أذن له في قتلها سقط عنه حقه من قيمتها دون حق الله تعالى من الكفارة، فكذلك إذا أذن له في وطئها سقط عنه حقه من مهرها دون حق الله تعالى من الحد.

والقول الثاني: عليه المهر؛ لأن هذا الوطأ موجب للمهر. كما أن الوطأ في النكاح الفاسد موجب للمهر، ثم ثبت أنه لو وطأ في النكاح الفاسد بإذن الموطوءة لم يسقط عنه المهر. كذلك إذا وطيء بإذن الراهن لم يسقط عنه المهر.

وأما قيمة الولد إذا لحق به وصار حراً، فمن أصحابنا من قال في وجوب قيمته قولان كالمهر. وهو قول أبي علي بن أبي هريرة.

ومن أصحابنا من قال: عليه قيمة الولد قولاً واحداً وهو قول أكثرهم والفرق بين الولد والمهر من وجهين:

أحدهما: أن الوطأ مأذون فيه فسقط غرم بدله والإيلاء غير مأذون فيه فلم يسقط غرم بدله.

والثاني: أن الوطأ استهلاك غير موجود فجاز أن يسقط غرمه عنه. والولد اكتساب موجود فوجب عليه غرمه.

فأما غرم ما نقص من قيمتها بالولادة فإن لحق به الولد فعليه غرمه لا يختلف وإن لم يلحق به الولد ففي وجوب غرمه قولان وكذلك لو مات.

أحدهما: عليه غرمه؛ لأنه بسبب منه.

والثاني: ليس عليه غرمه لعدم لحوق الولد به.

وهذان القولان من اختلاف قوليه فيمن زنا بأمة فأحبلها وماتت في ولادتها هل يلزمه غرم قيمتها أم لا؟

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَتَى مَلَكَهَا كَانَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ (قال المزني) قُلْتُ أَنَا قَدْ مَضَى فِي مِثْلِ هَذَا جَوَابِي لاَ يَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ أَبَداً (قال أبو محمد) وَهِمَ الْمُزَنِيُّ فِي هَذَا فِي كِتَابِ الرَّبِيعِ وَمَتَى مَلَكَهَا لَمْ تَكُنْ لَهُ أُمَّ وَلَدٍ».

قال الماوردي: قد استوفينا حكم وطء المرتهن فيما يتعلق بالحد ولحوق الولد ووجوب المهر وقيمة الولد.

فأما كون الجارية الموطوءة أم ولد له فلا يختلف المذهب أنه ما لم يملكها فليست أم ولد له وهي رهن على ملك راهنها.

فإذا حل الحق فلا يخلو حالها عند حلوله من أحد أمرين: إما أن تكون حاملاً بعد لم تضع، أو قد وضعت حملها.

فإن كانت حاملاً فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون حاملاً بحر يلحق بالمرتهن لما ذكرنا من الشبهة فلا يجوز بيعها قبل وضعها؛ لأن الحمل إذا كان حراً لا يجوز بيعه، ولا يصلح إقراره وليس للمرتهن أن يطالب الراهن بحقه وإن حل قبل وضع الحمل؛ لأن تأخير بيع الرهن من قبله لا من قبل الراهن.

والضرب الثاني: أن تكون حاملاً بمملوك، فإن أجاب الراهن إلى بيعها حاملاً جاز، لأن حملها بمملوك يجوز بيعه معها. فإن امتنع الراهن من بيعها حاملاً حتى تضع وطلب المرتهن أن تباع حاملاً؛ لأن الحق قد حل فهل يجبر الراهن عل بيعها حاملاً أم لا؟

على قولين مبنيين على اختلاف قوليه في الحمل، هل هو تبع، أو يأخذ قسطاً من الثمن.

أحدهما: يجبر على بيعها حاملاً إذا قيل إن الحمل يكون تبعاً.

والقول الثاني: أنها تترك حتى تضع. ولا يجبر على بيعها حاملاًإذا قيل إن الحمل يأخذ قسطاً من الثمن. فهذا حكم بيعها إذا حل الحق وهي حامل.

فصل: فأما إذا حل الحق بعد وضعها، فلا يخلو حال الولد من أحد أمرين:

إما أن يكون حراً يلحق بالمرتهن، أو يكون مملوكاً لا يلحق به.

فإن كان حراً جاز بيعها دون ولدها بعد استغنائه عن ارتضاع اللبأ وما لا قوام لبدنه إلا به.

وإنما جاز بيعها دون ولدها لحرية الولد الذي لا يمكن بيعه معها ولا يلزم المرتهن أن يمسك عن بيعها في حقه لأجل ولده إلى حين نشوئه لما فيه من تأخير حق عاجل.

وإن كان الولد مملوكاً لم يجز أن تباع دون ولدها لأنه يجوز أن يباع معها فإذا بيعا معاً أعطي المرتهن من ثمنها ما قابل ثمن الأم دون الولد وأخذ الراهن ما قابل ثمن الولد.

فهذا حكم بيعها في ملك الراهن.

فصل: فأما إذا ملكها المرتهن، فإن كان مملوكاً غير لاحق بالمرتهن، لم تصر له أم ولد لا يختلف وإن كان الولد حراً لاحقاً بالمرتهن فهل تصير أم ولد له أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وهو الذي نقله المزني هاهنا ورواه حرملة: أنها تصير أم ولد؛ لأنها علقت منه بحر، فوجب أن تصير له أم ولد، كما لو علقت منه بحر في ملكه.

والقول الثاني: رواه الربيع وغيره وهو أصح: أنها لا تصير أم ولد له لأنها علقت منه في غير ملك، فوجب ألا تصير له أم ولد كما لو علقت منه في نكاح.

وجملته أن علوق الأمة بولد يلحق بالواطىء على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تعلق به في ملك الواطىء، فإنها تصير أم ولد، له، كالسيد إذا أولد أمته.

والثاني: أن تعلق منه في عقد نكاح، فلا تصير أم ولد له، إذا ملكها لا يختلف.

والثالث: أن تعلق من الواطىء بحر في غير ملك ولا عقد كمسألتنا وما في معناها من وطء الشبهة فهل تصير أم ولد له إذا ملكها أم لا؟ على قولين:

فأما المزني فإنه قال: لا تصير له أم ولد. وقد مضى الجواب عنه.

فصل: إذا وطىء المرتهن الجارية المرهونة وادعى على الراهن أنه كان قد وهبها له أو باعها عليه، وأنكر الراهن ذلك، فالقول قول الراهن مع يمينه، لأن الأصل أنها مبقاة على ملكه وقد خرجت الجارية من الرهن، لأن ادعاء المرتهن ملكها إقرار بفسخ ارتهانها، والمرتهن إذا أقر بفسخ الرهن لزمه إقراره، لأن الفسخ بيده وهل تكون دعوى المرتهن شبهة في درء الحد عنه أم لا. على قولين:

أظهرهما: لا تكون شبهة لما قابلها من الإنكار، والحد عليه واجب.

فعلى هذا إن أولدها كان ولده مملوكاً غير أنه لا حق به وإنما ألحقناه به ولم نعتقه

عليه؛ لأن الراهن لاحق له في نسبه، فقبلنا إقرار المرتهن به والراهن مالك لرقه، فلم نقبل دعوى المرتهن فيه لكن إن ملكه المرتهن عتق عليه لثبوت نسبه.

والقول الثاني: رواه الربيع: أنها شبهة لتجويز ما ادعاه ولا حد عليه.

فعلى هذا إن أولدها كان ولده حراً لاحقاً به وعليه قيمته. فإن ملك الجارية فيما بعد صارت أم ولد له بإقراره لا يختلف على القولين معاً، سواء قلنا: إن ما ادعاه شبهة أم لا لأنه قد كان مقراً له بأنها قد صارت أم ولد له بإقراره ولا يختلف على القولين وإن أنكره الراهن، فصار كمن ادعى أنه ابتاع من زيد عبده وأعتقه وأنكر زيد البيع، فالقول قوله مع يمينه، فإن ملك المدعي ذلك العبد من بعد عتق عليه بما تقدم من إقراره. كذلك إذا أقر بأنها أم ولده.

فصل: وإن وطىء المرتهن الجارية وادعى على الراهن أنه زوجه بها وأنكر الراهن ذلك، فالقول قول الراهن مع يمينه، ولا يبطل الرهن؛ لأن تزويج المرتهن بها لا يبطل ارتهانها، وخالف دعواه ابتياعها؛ لأن ابتياعها يبطل ارتهانها.

ثم هل تكون هذه الدعوى شبهة في درء الحد عنه أم لا؟ على ما مضى من القولين. وعلى كلا القولين الولد مملوك للراهن، لأن الراهن يدعيه من زنا والمرتهن يدعيه من نكاح ومن أيهما كان فهو مملوك للراهن ونسبه لاحق بالمرتهن، لأن الراهن لاحق له في نسبه فقبل إقرار المرتهن به.

فإن ملك المرتهن الجارية لم تصر له أم ولد لا يختلف؛ لأن أحسن حاليه أن يكون قد استولدها بنكاح وذلك لا يجعلها أم ولد له إذا ملكها. . . .

فحصل من ذلك أن وطء المرتهن الجارية المرهونة إذا حبلت منه ولحق ولدها به على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما تصير به أم ولد.

والثاني: ما لا تصير به أم ولد.

والثالث: ما اختلف قوله فيه.

فأما ما تصير به أم ولد، فهو إذا ادعى ابتياعها من الراهن ثم ملكها صارت أم ولد له.

وأما ما لا تصير به أم ولد، فهو إذا ادعى تزويجها من الراهن ثم ملكها لم تصر له أم ولد.

وأما ما اختلف قوله فيه، فهو إذا ادعى الجهالة ثم ملكها، فهل تصير أم ولد له أم لا. على قولين.

فهذا جملة ما في وطء الراهن والمرتهن من الأحكام.

فصل: فأما وطء الزوج. وهو أن تكون الجارية المرهونة ذات زوج، فله ذلك وليس للمرتهن أن يمنعه منه، وإن كان له أن يمنع الراهن والفرق بينهما أن وطء الراهن ذريعة إلى خروجها من الرهن؛ لأنها قد تصير له أم ولد فكان للمرتهن أن يمنع منه، ووطء الزوج لا يخرجها من الرهن لأنها لا تصير له أم ولد فلم يكن للمرتهن أن يمنع منه.

ولكن إن كان المرتهن عالماً بالزوج فلا خيار له في البيع وإن كان غير عالم بالزوج فله الخيار بين إمضاء البيع المرهونة فيه وبين فسخه؛ لأن كونها ذات زوج نقص يوكس من ثمنها.

فلو ارتهنها وهي خلية من زوج لم يكن للراهن أن يزوجها إلا بإذن المرتهن لما فيه من النقص الداخل على رهنه. فإن زوجها بغير إذنه كان فاسداً.

فلو ارتهنها وهي ذات زوج فطلقها الزوج لم يكن للراهن أن يزوجها بغيره إلا بإذن المرتهن لأن نكاح الأول قد ارتفع بالطلاق فصارت خلية وليس للراهن أن يزوج الخلية إلا بإذن المرتهن، ولكن لو طلقها الزوج طلاقاً رجعياً جاز له أن يرتجعها بغير إذن المرتهن لأنه مع الرجعة مقيم عليها بالنكاح المتقدم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ الرَّهْنُ إِلَى أَجَلٍ فَأَذِنَ لِلرَّاهِنِ فِي بَيْعِ الرَّهْنِ فَبَاعَهُ فَجَائِزٌ وَلَا يَأْخُذُ الْمُرْتَهَنُ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئاً وَلَا مَكَانَهُ رَهْناً لأَنَّهُ أَذِنَ لَهُ وَلَمْ يَجِبْ لَهُ الْبَيْعُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

إذا أذن المرتهن للراهن في بيع الرهن قبل محل الحق إذناً مطلقاً من غير أن يشترط عليه تعجيل الحق من ثمنه فالإذن صحيح، والبيع نافذ والرهن باطل وإنما صح البيع لوجود الإذن من مالك الإذن وبطل الرهن، لأن البيع يزيل الملك وزوال الملك مبطل للرهن كالعتق، ولأن حق المرتهن إنما كان في حبس الرهن بحقه ومنع الراهن من بيعه. وإذنه في البيع مبطل لمعنى الرهن. فكذلك إذا بيع بإذنه بطل الرهن.

فصل: فإذا ثبت جواز البيع وبطلان الرهن. فالثمن للراهن يتصرف فيه كيف شاء، وليس للمرتهن أن يطالبه بتعجيل الثمن قصاصاً، ولا أن يكون بيده رهناً.

أما التعجيل فلأن الحق المؤجل لا يلزم تعجيله إلا برضا من عليه الحق والراهن غير راض، فلم يلزمه تعجيله.

وأما كونه رهناً مكانه فلأنه استثناء رهن، وعقد الرهن لا يصح إلا باختيار المتعاقدين والراهن غير مختار فلم يلزمه رهنه.

فإن قيل: أو ليس لو جنى على الرهن فتلف كانت قيمته رهناً مكانه أو قصاصاً من الحق فهلا كان في البيع كذلك؟

قيل: لأن الجناية غير مبطلة للرهن، وإنما نقلت الوثيقة من الرهن إلى بدله. فجرى عليه حكم أصله وليس كذلك البيع.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ رَجَعَ فِي الإِذْنِ قَبْلَ الْبَيْعِ فَالْبَيْعُ مَفْسُوخٌ وَهُوَ رَهْنٌ بِحَالِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

إذا أذن المرتهن في بيع الرهن قبل محل الحق، ثم رجع عن إذنه لم يكن للراهن بيع الرهن. فإن باعه بعد رجوعه كان بيعه باطلاً كمن باع بغير إذن. وإنما كان كذلك؛ لأن إذن المرتهن في بيعه ليس بفسخ، وإنما بيع الراهن بإذن المرتهن فسخ. وإذا لم يكن الإذن فسخاً لم يبطل الرهن به وكان له الرجوع في إذنه لأنه تطوع بفسخ عقد هو مخير في فسخه.

فصل: فإذا ثبت أن الراهن ممنوع من بيعه بعد رجوع المرتهن فباعه الراهن فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون بيعه قبل رجوع المرتهن، فالبيع جائز لحصوله عن إذن صحيح ورجوع المرتهن غير مؤثر.

والقسم الثاني: أن يكون بيعه بعد رجوع المرتهن وبعد علم الراهن فالبيع باطل، لأن الرجوع رافع للإذن فصار مبيعاً بغير إذن.

والقسم الثالث: أن يكون بيعه بعد رجوع المرتهن وقبل علم الراهن برجوعه، ففي جواز بيعه وجهان مبنيان على مسألة الوكيل.

فصل: فلو اختلفا فقال المرتهن: رجعت في الإذن قبل بيعك فالرهن بحاله، والبيع باطل. وقال الراهن: بل رجعت بعد البيع فالرهن باطل والبيع نافذ فالقول قول المرتهن مع يمينه لأمرين:

أحدهما: أن الرجوع من فعله، فقبل فيه قوله:

والثاني: أن الأصل في صحة الإذن والرهن فلم يقبل قول الراهن فيه.

فإذا حلف المرتهن صار الراهن بائعاً للرهن بغير إذنه فيكون بيعه باطلاً، ويسترجع ليكون في يد المرتهن رهناً فإن فات استرجاعه كان على الراهن غرم قيمته تكون رهناً مكانه، أو قصاصاً من الحق والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ أَذِنْتُ لَكَ عَلَى أَنْ تُعْطِيَنِي ثَمَنَهُ وَأَنْكَرَ الرَّاهِنُ الشَّرْطِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ مَعَ يَمِينِهِ وَالْبَيْعُ مَفْسُوخٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

إذا اتفقا على أن المرتهن أذن للراهن في البيع ثم اختلفا في صفة الإذن فقال المرتهن: أذنت لك على أن تعجل لي الحق، فكان الإذن فاسداً، والبيع باطلاً. وقال الراهن: بل أذنت إذناً مطلقاً فالإذن صحيح، والبيع نافذ.

فإن كان للراهن بينة على ما ادعاه من إطلاق إذن المرتهن بعد بيعه بطل الرهن، وإن لم تكن له بينة، فالقول قول المرتهن مع يمينه لأمرين:

أحدهما: أنه لو كان اختلافهما في أصل الإذن كان القول قول المرتهن فإذا كان اختلافهما في صفة الإذن فأولى أن يكون القول قوله.

والثاني: أن الأصل بقاء الرهن، ودعوى الراهن تنافيه، وإنكار المرتهن يقتضيه فكان القول قوله مع يمينه.

فإذا حلف صار الراهن في حكم من باع الرهن عن إذن المرتهن بشرط التعجيل فيكون على ما نذكره في المسألة الآتية والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَذِنَ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُ ثَمَنَهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيْعُهُ لأَنَّهُ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ إِلاَّ عَلَى أَنْ يُعَجِّلَهُ حَقَّهُ قَبْلَ مَحَلِّهِ وَالْبَيْعُ مَفْسُوخٌ بِهِ وَهُوَ رَهْنٌ بِحَالِهِ (قال المزني) قُلْتُ أَنَا أَشْبَهُ بِقَوْلِ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْمَعْنَى أَنْ لاَ يَفْسَخَ الشَّرْطُ الْبَيْعَ لأَنَّ عَقْدَ الْبَيْعِ لَمْ يَكُنْ فِيهِ شَرْطٌ أَلاَ تَرَى أَنَّ مَنْ قَوْلُهُ لَوْ أَمَرْتُ رَجُلاً أَنْ يَبِيعَ ثَوْبِي عَلَى أَنَّ لَهُ عُشْرَ ثَمَنِهِ فَبَاعَهُ أَنَّ الْبَيْعَ جَائِزٌ يَفْسَخُهُ فَسَادُ الشَّرْطِ فِي الثَّمَنِ وَكَذَا إِذَا بَاعَ الرَّاهِنُ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ فَلاَ يَفْسَخُهُ فَسَادُ الشَّرْطِ فِي الْعَقْدِ (قال المزني) قُلْتُ أَنَا وَيَنْبَغِي إِذَا نُفِّذَ الْبَيْعُ عَلَى هَذَا أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ مَكَانَ الرَّهْنِ أَوْ يَتَقَاصَّانِ».

قال الماوردي: اعلم أن لهذه المسألة مقدمة يبنى الجواب عليها.

وصورتها: في رهن أذن المرتهن للراهن في بيعه على أن يكون ثمنه رهناً مكانه، ففيه قولان:

أحدهما: وهو قوله في الإملاء: أن هذا الإذن صحيح، فإذا بيع الرهن كان البيع صحيحاً، ولم يبطل الرهن، وكان الثمن رهناً مكانه لأن نقل عين الرهن إلى بدل يكون مكانه لا يقتضي فساد الرهن، كما لو أتلف الرهن متلف فأغرم القيمة لم يفسد الرهن وكانت القيمة رهناً مكانه. كذلك إذا باعه على شرط أن يكون الثمن رهناً مكانه.

والقول الثاني: نص عليه في كتاب الأم وهو الصحيح: أن هذا الإذن فاسد، والبيع فاسد، ويكون الرهن بحاله؛ لأن هذا الإذن يقتضي ارتهان الثمن، والثمن الذي يحصل فيه مجهول، وارتهان المجهول باطل، وإذا بطل الشرط بطل الإذن وإذا بطل الإذن بطل البيع وكان الرهن بحاله.

فأما إذا رهنه بهذا الشرط وهو أن يقول: قد رهنتك عبدي هذا على أن يباع ويكون ثمنه رهناً مكانه، فهذا رهن باطل قولاً واحداً لأنه لم يجعله رهناً مستقراً فكان باطلاً.

فصل: فإذا ثبت جواب هذه المسألة المتقدمة فصورة مسألة الكتاب: أن يأذن المرتهن للراهن في بيع الرهن على أن يعجل الثمن قصاصاً من حقه المؤجل.

قال الشافعي رضي الله عنه الإذن فاسد والبيع مفسوخ. ونص في المسألة الأولى على قولين فاختلف أصحابنا:

فكان أبو إسحاق المروزي يخرج هذه المسألة على قولين كالمسألة الأولى أحد **القولين**: أن الإذن فاسد، والبيع مفسوخ، والرهن بحاله.

والقول الثاني: أن الإذن صحيح والبيع ماض والشرط مفسوخ ويكون الثمن رهناً مكانه ولا يلزمه تعجيله.

وقال سائر أصحابنا من البغداديين وكثير من غيرهم: إن الإذن في هذه المسألة فاسد، والبيع مفسوخ قولاً واحداً.

والفرق بين هذه المسألة والمسألة الأولى:

أنه لما صح الشرط في تلك المسألة على أحد القولين وهو أن يكون الثمن رهناً مكانه صح الإذن على أحد القولين أيضاً. ولما فسد الشرط في هذه المسألة قولاً واحد وهو تعجيل الثمن من حقه قبل محله فسد البيع والإذن قولاً واحداً فوضح الفرق بينهما.

فصل: فأما المزني فإنه ذهب إلى صحة الإذن وجواز البيع وفساد الشرط فقال: البيع

صحيح، والشرط في تعجيل الثمن فاسد ويكون الثمن رهناً مكانه أو قصاصاً لما مضى من أحد القولين وهو مذهب أبي حنيفة استدلالاً بأن الشرط في الإذن ليس بشرط في البيع فصح البيع بخلوه من الشرط وإن كان في الإذن شرط كما لو قال الرجل لوكيله: بع ثوبي على أن لك عشر ثمنه فباعه الوكيل كان البيع جائزاً، وإن كان الشرط فاسداً. كذلك المرتهن إذا أذن له في بيعه على أن يعجل له ثمنه كان البيع جائزاً وإن كان الشرط فاسداً.

وهذا الذي قاله المزني ليس بصحيح. والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الشرط في الوكالة كان في الأجرة دون الإذن فصح البيع لصحة الإذن، وفسدت الأجرة لأجل الشرط وكان للوكيل أجرة مثله. والشرط في مسألتنا في الإذن، فلذلك فسد من أجله البيع؛ لأن صحة البيع لصحة الإذن.

والوجه الثاني: أن الشرط في الوكالة إن لم يكن الوفاء به وهو عشر الثمن، أمكن الوفاء بما قام مقامه وهو أجرة المثل فصار الشرط وإن لم يكن لازماً قبوله لازم فصح البيع. ولما كان في مسألتنا لا يصح الشرط في تعجيل الحق، وليس له بدل يقوم مقامه فبطل الشرط فكذلك بطل البيع والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَلَوْ كَانَ الرَّهْنُ بِحَقٍّ حَالٍ فَأَذِنَ فَبَاعَ وَلَمْ يَشْتَرِطْ شَيْئاً كَانَ عَلَيْهِ أَنْ يُعْطِيَهُ ثَمَنَهُ لأَنَّهُ وَجَبَ لَهُ بَيْعُهُ وَأَخَذَ حَقَّهُ مِنْ ثَمَنِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

إذا كان الرهن في حق حال، أو في مؤجل محل، ثم إن المرتهن أذن للراهن في البيع فباعه صح البيع ونفذ ولزم دفع الثمن إلى المرتهن ليكون مصروفاً في دينه.

فإن كان حقه بقدر ثمنه أو أكثر أخذ جميعه. وإن كان حقه أقل من ثمنه أخذ منه قدر حقه. وكان الباقي راجعاً على الراهن.

وإنما جاز بيع الراهن ولزمه دفع ثمنه إلى المرتهن وإن لم يلزمه دفع ثمنه قبل أن يحل الحق إلى المرتهن لأمرين:

أحدهما: أن من حكم الرهن أنه وثيقة في الحق ليباع عند محله ويكون مصروفاً فيه. فإذا بيع عند محله، لزم دفع ثمنه في الحق اعتباراً بحكمه وموجبه، وليس كذلك قبل محله.

والثاني: أن بيع الرهن عند محل الحق من حق المرتهن بدليل أن الراهن لو امتنع من بيعه أجبر عليه، وإذا كان بيعه من حقه صرف في حقه وبيع الرهن قبل محل الحق من حق

الراهن بدليل أن الراهن لو امتنع من بيعه لم يجبر عليه وإذا كان بيعه من حقه صرف في حقه.

فصل: فإذا ثبت جواز بيعه ووجوب صرف ثمنه إلى المرتهن، فسواء شرط المرتهن ذلك أم لا، لأن إطلاق الإذن يقتضيه فكان الشرط تأكيداً منه.

وإذا كان كذلك اعتبر في بيع الراهن ثلاثة شروط، شرطان منها في صحة البيع وشرط في سقوط الضمان.

فأما الشرطان في صحة البيع.

فأحدهما: بيعه بثمن المثل من غير نقص لا يتغابن الناس بمثله.

والثاني: بيعه بثمن عاجل غير آجل وأن بيعه لقضاء الدين، فلا معنى لبيعه بالدين.

فإن باعه بنقص في الثمن لا يتغابن الناس بمثله أو باعه بثمن آجل غير عاجل كان بيعه باطلاً، إلا أن يكون بإذن المرتهن، فيصح لأنه حق لهما.

وأما الشرط الثالث في سقوط الضمان: فهو ألا يسلم السلعة إلى المشتري إلا بعد قبض الثمن. فإن سلمها إليه قبل قبض الثمن كان البيع ماضياً وكان للثمن ضامناً.

واختلف أصحابنا في شرط رابع وهو إطلاق بيعه من غير اشتراط خيار الثلاث على وجهين:

أحدهما: أن ذلك شرط ثالث في صحة العقد، فإن باعه بخيار الثلاث كان بيعه باطلاً، لأن الخيار يمنع من استقرار العقد وتمليك الثمن مخالف موجب الإذن.

والوجه الثاني وهو أصح: أنه ليس بشرط في صحة العقد للبيع جائز، لأن الخيار زيادة يمكن استدراك الفائت بها.

فإذا ثبت ما ذكرنا من الشروط فهي معتبرة في بيع الراهن إذا كان الحق حالاً. فأما إن كان الحق مؤجلاً فليست هذه الشروط معتبرة في بيعه وكيفما باعه بثمن زائد أو ناقص حال أو مؤجل جاز. والفرق بينهما:

أنه قبل محل الحق يبيع الرهن في حق نفسه فصار كبيعه سائر أملاكه التي لا يعترض عليه في زيادة ثمنها أو نقصانه ولا في حلوله أو تأجيله. وبعد محل الحق يبيع الرهن في حق غيره وهو المرتهن فصار كالوكيل، فاعتبر فيه الشروط المعتبرة في الوكيل.

فصل: فإذا رهنه عبداً في حق بعضه حال وبعضه مؤجل، ثم أذن له المرتهن في بيعه،

فباعه الراهن فللمرتهن من ثمنه ما قابل حقه الحال وللراهن ما قابل المؤجل.

فإن كان الراهن باع العبد في عقد واحد اعتبر في صحة بيعه الشروط المتقدمة لأنه عقد واحد لزم اعتبارها في بعضه فغلب حكمها في جميعه إلا ما أمكن تبعيضه منها.

فإن باعه في عقدين جاز لأنه مبيع في حقين:

أحدهما: للمرتهن. وهو ما قابل الحال. واعتبار الشروط فيه واجبة.

والثاني: للراهن. وهو ما قابل المؤجل واعتبار الشروط فيه غير واجبة.

فصل: فلو أذن المرتهن للراهن في بيع الرهن ثم اختلفا في الحق فقال المرتهن هو حال فالثمن لي قصاصاً من حقي. وقال الراهن: هو مؤجل فالثمن لي وقد بطل الرهن ببيعي. فالقول قول الراهن مع يمينه، لأنه منكر حلول حق يدعيه المرتهن، فكان القول قوله لإنكاره.

فإذا حلف كان أولى بالثمن ولا تعتبر في بيعه الشروط الماضية لأنه يبيعه في حق نفسه.

وإن نكل فحلف المرتهن كان المرتهن أحق بالثمن واعتبر في بيعه الشروط الماضية لأنه يصير بائعاً له في حق غيره ولا يجوز أن يفرق الصفقة في بيعه لأنه مبيع في حق واحد.

فصل: فلو رهنه عبدين أحدهما في حق حال، والآخر في مؤجل وأذن له في بيع أحدهما، ثم اختلفا بعد البيع، فقال المرتهن: أذنت لك في بيع الحال، وقال الراهن: أذنت لي في بيع المؤجل فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يتفقا على العبد المرهون في الحال أنه سالم وعلى العبد المرهون في المؤجل أنه غانم ويختلفا، هل أذن المرتهن في بيع سالم المرهون في الحال أو في بيع غانم المرهون في المؤجل، فالقول قول المرتهن مع يمينه لأنه ينكر إذناً يدعيه الراهن، ويكون البيع باطلاً، لأن الراهن يصير بائعاً لرهن لم يؤذن فيه. ويجوز أن يستأنف بيع سالم المرهون في الحال، لأن المرتهن معترف بحصول الإذن فيه.

والضرب الثاني: أن يتفقا على أن المرتهن أذن في بيع سالم دون غانم ويختلفا هل غانم مرهون في الحال أو في المؤجل، فالقول قول الراهن مع يمينه لأنه اختلاف في أصل الحق الذي عليه، فصار منكراً لحلول حق يدعيه المرتهن فكان القول قوله لإنكاره. فإذا حلف صح بيعه، ولا تعتبر فيه الشروط المتقدمة لأنه يبيعه في حق نفسه ولا يجوز أن يبيع

العبد الآخر المرهون في الحال إلا بإذن مستأنف، لأن الإذن الأول إنما كان في بيع غيره وقد بيع (والله أعلم).

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ رَهَنَهُ أَرْضاً مِنْ أَرْضِ الْخَرَاجِ فَالرَّهْنُ مَفْسُوخٌ لأَنَّهَا غَيْرُ مَمْلُوكَةٍ».

قال الماوردي: اعلم أن أرض الخراج على ضربين:

أحدهما: أن تكون الأرض للمشركين وقد صالحهم الإمام عنها على خراج يضر به عليها. فهذا الخراج في حكم الجزية متى أسلموا سقط عنهم، والأرض في ملكهم قبل إسلامهم وبعده وهذه يجوز بيعها ورهنها ولم يرد الشافعي هذا الضرب منها.

والضرب الثاني: أن تصير الأرض للمسلمين إما عنوة أو صلحاً ثم يقفها الإمام ويضرب عليها خراجاً في كل عام ويقرها في يد المشركين أو غيرهم. فهذه أجرة لا تسقط عنهم بإسلامهم والأرض وقف لا يجوز بيعها ولا رهنها. وهذا الضرب هو الذي أراده الشافعي منها.

فصل: فأما أرض السواد فهي ما ملك من أرض كسرى وحده طولاً، من حديثة الموصل إلى عبادان وعرضاً: من عذيب القادسية إلى حلوان يكون مبلغ طوله مائة وستين فرسخاً ومبلغ عرضه ثمانين فرسخاً.

فهذه الأرض ملكها المسلمون فاستطاب عمر رضي الله عنه أنفسهم عنها، وسألهم أن يتركوا حقوقهم منها وأقرها في أيدي الأكرة والدهاقين وضرب عليهم خراجاً يؤدونه في كل عام على جريب الكرم والشجر عشرة دراهم، ومن النخل ثمانية دراهم، ومن قصب السكر ستة دراهم ومن الرطبة خمسة دراهم، ومن البر أربعة دراهم، ومن الشعير درهمين.

فاختلف أصحابنا في حكمها على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي سعيد الاصطخري ومذهب البصريين، أن عمر رضي الله عنه وقفها على جماعة المسلمين وجعل الخراج الذي ضربه عليها أجرة تؤدى في كل عام فعلى هذا لا يجوز بيعها ولا رهنها وهذا أشبه بنص الشافعي.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس بن سريج وهو مذهب بعض البغداديين أن عمر رضي الله عنه باعها على الأكرة والدهاقين وجعل الخراج الذي ضربه عليها ثمناً في كل عام. فعلى هذا يجوز بيعها ورهنها وللكلام في ذلك موضع يستوفى فيه إن شاء الله تعالى.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ كَانَ فِيهَا غِرَاسٌ أَوْ بِنَاءٌ لِلرَّاهِنِ فَهُوَ رَهْنٌ».

قال الماوردي: أما ما في أرض الخراج من الغراس والبناء فهو ملك لأربابه يجوز بيعه ورهنه ولا يكون الامتناع من بيع الأرض مانعاً من بيع الغراس والبناء وإذا كان كذلك لم يخل حال أرض الخراج ذات الغراس والبناء في الرهن من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يرهنه رقبة الأرض دون غراسها وبنائها فهذا رهن باطل، وإن كان مشروطاً في بيع ففي بطلان البيع قولان.

والقسم الثاني: أن يرهنه الغراس والبناء دون رقبة الأرض فهذا رهن جائز؛ لأن بيع ذلك جائز.

والقسم الثالث: أن يرهنه رقبة الأرض مع غراسها وبنائها فالرهن في رقبة الأرض باطل، وهل يبطل في الغراس والبناء أم لا على قولين من تفريق الصفقة:

أحدهما: باطل.

والثاني: جائز.

فإذا قيل: إن الرهن في الغراس والبناء جائز فالبيع المشروط فيه جائز والبائع بالخيار بين إمضاء البيع بارتهان الغراس والبناء دون رقبة الأرض وبين فسخه.

وإذا قيل: إن الرهن في الغراس والبناء باطل لبطلانه في الأرض ففي بطلان البيع المشروط فيه قولان:

أحدهما: باطل.

والثاني: جائز. والبائع بالخيار بين إمضاء البيع بلا رهن وبين فسخه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ أَدَّى عَنْهَا الْخَرَاجَ فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ لَا يَرْجِعُ بِهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ دَفَعَهُ بِأَمْرِهِ فَيَرْجِعَ بِهِ كَرَجُلٍ اكْتَرَى أَرْضاً مِنْ رَجُلٍ اكْتَرَاهَا فَدَفَعَ الْمُكْتَرِي الثَّانِي كِرَاءَهَا عَنِ الْأَوَّلِ فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ».

قال الماوردي: وصورتها: في رجل ارتهن غراساً وبناء في أرض خراجية ثم أدى الخراج عنها فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يؤديه بأمر المالك.

والثاني: أن يؤديه بغير أمره فإن أداه بغير أمره لم يرجع عليه سواء أداه مكرهاً أو مختاراً صديقاً كان أو عدواً.

وقال مالك: إن أداه مكرهاً رجع به على الراهن وإن أداه مختاراً، فإن كان صديقاً للراهن رجع به عليه وإن كان عدواً له لم يرجع به عليه.

وهذا خطأ؛ لأن الدين الثابت في ذمة الرجل إذا تطوع به الغير فقضاه عنه لم يستحق أن يرجع به عليه لما روي: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ امْتَنَعَ مِنَ الصَّلاَةِ عَلَى جَنَازَةِ رَجُلٍ عَلَيْهِ دِرْهَمَانِ، وَقَالَ: صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ، فَقَالَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: هُمَا عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَأَنَا لَهُمَا ضَامِنٌ. فَصَلَّى عَلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ.

فلو كان يثبت لعلي الرجوع على الميت بالدرهمين لكان لا يصلي لبقاء الدرهمين عليه وإن انتقلت من مالك إلى مالك. فلما صلى عليه السلام علم سقوط ذلك عنه. وإن أبقى لعلي الرجوع عليه؛ ولأن كل حق لو أداه العدو لم يرجع به، فإذا أداه الصديق لم يرجع به.

أصله: إذا نهى عن أدائه ولأن كل حق لو أداه بعد النهي عن أدائه لم يرجع به فإذا أداه قبل النهي عن أدائه لم يرجع به كالعدو.

فصل: وأما الضرب الثاني وهو أن يؤديه بإذنه فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يؤديه بإذنه ويشترط له الرجوع به، فيقول: أدِّ عَنِّي وارجع به علي فهذا يرجع به لا يختلف لأنه باشتراط الرجوع غير متطوع.

والثاني: أن يؤديه بإذنه من غير أن يشترط له الرجوع به، فيقول: أدِّ عني. فهل يرجع به عليه أم لا. على وجهين:

أحدهما: لا يرجع به. لأن إذنه قد يحتمل أن يكون طلباً، لأن يتطوع بأدائه عنه ويحتمل أن يكون أمراً ليرجع به ومع احتمال الأمرين لا يثبت الرجوع إلا بيقين.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق يرجع به، لأن إذنه في أدائه عنه كإذنه في إتلاف ماله عليه. ثم لو أذن له في إتلاف ماله فقال: أتلف عليَّ مالي سقط عنه الضمان بإذنه كما لو صرح بسقوطه. كذلك إذا أذن له في أدائه فقال: أد عني وجب له الرجوع به كما لو صرح به.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ اشْتَرَى عَبْداً بِالْخِيَارِ ثَلاَثاً فَرَهَنَهُ قَبْلَهَا فَجَائِزٌ وَهُوَ قَطْعٌ لِخِيَارِهِ وَإِيجَابٌ لِلْبَيْعِ فِي الْعَبْدِ وَإِنْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ أَوْ لِلْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي فَرَهَنَهُ قَبْلَ الثَّلاَثِ فَتَمَّ لَهُ مِلْكُهُ بَعْدَ الثَّلاَثِ فَالرَّهْنُ مَفْسُوخٌ لأَنَّهُ انْعَقَدَ وَمِلْكُهُ عَلَى الْعَبْدِ غَيْرُ تَامٍّ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

وجملة الخيار المستحق في المبيع على ثلاثة أضرب: خيار مجلس، وخيار شرط، وخيار عيب.

فأما الضرب الأول وهو: خيار المجلس.

فهو مستحق للبائع والمشتري. فإن رهنه البائع صح رهنه وكان فسخاً للبيع وإن رهنه المشتري لم يجز إلا أن يكون رهنه عن إذن البائع فيصح رهن المشتري؛ لأن إذن البائع إمضاء، ورهن المشتري إمضاء، وإذا اتفق المتبايعان على الإمضاء في خيار المجلس تم البيع، وسقط الخيار.

فأما إن يرهنه المشتري من غير إذن البائع فلا يجوز وإنما جاز رهن البائع بغير إذن المشتري، ولم يجز رهن المشتري بغير إذن البائع؛ لأن رهن البائع فسخ، ورهن المشتري إمضاء والخيار موضوع للفسخ دون الإمضاء. ألا ترى لو فسخ أحدهما وأمضى الآخر حكم بالفسخ دون الإمضاء.

فصل: وأما الضرب الثاني وهو: خيار الشرط.

فهو على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون للبائع دون المشتري.

والثاني: أن يكون للمشتري دون البائع.

والثالث: أن يكون لهما جميعاً.

فإن كان الخيار مشروطاً للبائع دون المشتري، فإن رهنه البائع صح رهنه وكان فسخاً للبيع وإن رهنه المشتري لم يجز وكان رهناً باطلاً.

لحق البائع من الخيار إلا أن يكون المشتري قد رهنه بأمر البائع فيصح الرهن. ويكون إذن البائع اختياراً لإمضاء البيع وقطع الخيار.

وإن كان الخيار مشروطاً للمشتري دون البائع فإن رهنه المشتري صح رهنه وكان اختياراً منه لإمضاء البيع وقطع الخيار.

وإن رهنه البائع لم يجز. وكان رهنه باطلاً، لأنه لازم من جهته وإن كان الخيار ثابتاً لغيره إلا أن يرهنه البائع بإذن المشتري فيصح رهنه وينفسخ البيع. ويكون إذن المشتري اختياراً لفسخ البيع.

وإن كان الخيار مشروطاً لهما جميعاً، فإن رهنه البائع صح رهنه وكان فسخاً للبيع.

وإن رهنه المشتري لم يجز إلا أن يكون بإذن البائع فيصح رهنه، ويكون إذن البائع اختياراً لإمضاء البيع.

وإنما صح رهن البائع دون المشتري وإن كان الخيار لهما لما ذكرنا من أن رهن البائع فسخ ورهن المشتري إمضاء.

فلو كان للبائع خيار يوم وللمشتري خيار يومين، فإن رهنه البائع في اليوم الأول جاز. وإن رهنه المشتري لم يجز.

وإن رهنه المشتري في اليوم الثاني جاز. وإن رهنه البائع لم يجز.

وأما الضرب الثالث وهو خيار العيب.

فهو مستحق للمشتري دون البائع. فإن رهنه المشتري صح رهنه، وكان رضا بالعيب، ومانعاً من الرد والرجوع بالأرش.

وإن رهنه البائع لم يجز لأنه لازم من جهته وإن ثبت فيه خيار لغيره. فلو رد على البائع بالعيب بعد أن رهنه لم يصح رهنه إلا باستئناف عقد صحيح كما لو رهنه المشتري في خيار البائع كان رهناً باطلاً وإن تم ملكه عليه.

فلو لم يعلم المشتري بالعيب حتى رهنه ثم علم به صح رهنه ولم يكن له رده ما كان باقياً. وفيما يستحقه بالعيب وجهان مضيا في البيوع.

أحدهما: يستحق الأرش في الحال.

والثاني: ينتظر ما يكون من حاله في الرهن فإن بيع فيه رجع بالأرش وإن فكه من الرهن رده بالعيب.

[القول في بيع ورهن العبد المرتد]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيَجُوزُ رَهْنُ الْعَبْدِ الْمُرْتَدِّ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

رهن العبد المرتد جائز وبيعه جائز نص على جواز بيعه في كتاب البيوع، وعلى جواز رهنه في كتاب الرهن: وإنما جاز بيعه ورهنه؛ لأن الردة ليس فيها أكثر من خوف هلاكه إن أقام عليها، ورجاء سلامته إن تاب منها، وهذا غير مانع من صحة البيع وجواز الرهن كالعبد المريض المدنف يجوز بيعه ورهنه وإن خيف هلاكه بالموت ورجيت سلامته بالبرء.

فإذا ثبت جواز بيعه ورهنه وجب عليه تقديم الكلام في بيعه؛ لأن حكم رهنه مبني عليه.

فإذا بيع العبد المرتد فلا يخلو حال المشتري من أحد أمرين: إما أن يكون عالماً بردته أو غير عالم بردته.

فإن كان عالماً بردته فلا يخلو حال العبد من أحد أمرين:

إما أن يتوب من الردة أو يقتل بها. فإن تاب من الردة فقد مضى البيع سليماً ولا خيار للمشتري وإن قتل بالردة فقد اختلف أصحابنا على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: إن قتله بالردة يجري مجرى استحقاقه بالغصب فيجعل للمشتري الرجوع بثمنه كما لو اشترى عبداً فبان مغصوباً واستحق رده كان له الرجوع بثمنه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أن الردة عيب كالمرض وقتله بالردة يجري مجرى موته بالمرض، فإذا قتل في يده بالردة لم يرجع بثمنه كما لو مات في يده بالمرض لم يرجع بثمنه وليس له الرجوع بأرش نقصه بالردة، لأنه عيب قد كان عالماً به.

فصل: وإن كان المشتري غير عالم بردته فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يعلم بها وهو على ردته.

والثاني: أن يعلم بها بعد توبته.

والثالث: أن يعلم بها بعد قتله. فأما الضرب الأول وهو أن يعلم بها وهو على ردته فهذا عيب قد علمه المشتري فهو بالخيار بين أن يرده ويفسخ البيع، وبين أن يقيم على البيع.

فإن رده بالعيب وفسخ البيع كان له استرجاع الثمن، وإن رضي بالعيب وأراد المقام على البيع فلا أرش له.

ثم لا يخلو حاله فيما بعد من أحد أمرين:

إما أن يتوب من الردة أو يقتل بها، فإن تاب من الردة فقد استقر الملك وانقطع حكم الردة، وإن قتل بالردة فعلى قول أبي إسحاق المروزي له الرجوع بثمنه كما لو استحق.

وعلى قول أبي علي بن أبي هريرة ليس له الرجوع بثمنه كما لو مات بمرض قد رضي

به. وأما الضرب الثاني وهو أن يعلم بردته بعد توبته فقد اختلف أصحابنا: هل ذلك عيب في الحال يوجب الرد أم لا. على وجهين:

أحدهما: أن ذلك عيب في الحال يوجب الرد. فعلى هذا يكون بالخيار بين رده وإمساكه.

والوجه الثاني: أن ذلك ليس بعيب في الحال لأن العيب إنما كان بالردة والردة قد زالت بالتوبة فعلى هذا هل يجوز له الرد أم لا. على وجهين:

أحدهما: له الرد اعتباراً بوجوبه في الابتداء.

والثاني: لا رد له اعتباراً بسقوطه في الانتهاء. وأما الضرب الثالث فهو أن يعلم بردته بعد قتله. فعلى قول أبي إسحاق المروزي له الرجوع بثمنه كما لو استحق. وعلى قول أبي علي بن أبي هريرة له الرجوع بأرشه دون ثمنه كما لو اشتراه مريضاً فلم يعلم بمرضه حتى مات في يده رجع بأرشه دون ثمنه.

واعتبار أرشه أن يقوم مرتداً وغير مرتد ويرجع بما بين القيمتين من ثمنه.

وإنما لم يرجع بثمنه على قول أبي علي بن أبي هريرة لفوات رده ورجع بأرشه لعدم العلم به. فهذا حكم بيع المرتد.

فصل: قال الشافعي رضي الله عنه: فأما رهن المرتد فجائز لما ذكرنا فإن كان مشروطاً في بيع فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون المرتهن عالماً بردته **والضرب الثاني:** أن يكون غير عالم بردته. فإن كان عالماً بردته فلا يخلو حال العبد من أحد أمرين: إما أن يتوب من ردته أو يقتل بها: فإن تاب من ردته فهو رهن بحاله، ولا خيار للمرتهن في البيع، وإن قتل بردته فعلى مذهب أبي إسحاق المروزي له الخيار في فسخ البيع كما لو استحق. وعلى مذهب أبي علي بن أبي هريرة لا خيار له في فسخ البيع؛ لأن ذلك عيب قد كان عالماً به.

وإن كان غير عالم بردته ثم علم بها فعلى ثلاثة أضرب مضت:

أحدها: أن يعلم به وهو على ردته. فعلى هذا هو بالخيار بين فسخ الرهن والبيع وبين إمضائهما.

فإن فسخ فله ذلك وإن أمضاهما فلا يخلو حال العبد المرتد من أحد أمرين: إما أن يتوب من ردته، فلا يكون له خيار في البيع، . أو يقتل في ردته فيكون له الخيار في فسخ

البيع على قول أبي إسحاق المروزي ولا خيار له في فسخ البيع على قول أبي علي بن أبي هريرة.

والضرب الثاني: أن يعلم بردته بعد توبته فهل ذلك عيب في الحال أم لا على وجهين:

أحدهما: هو عيب في الحال، فعلى هذا هو بالخيار بين فسخ البيع وإمضائه.

والثاني: ليس بعيب. فعلى هذا هل له خيار في فسخ البيع أم لا على وجهين مضيا.

والضرب الثالث: أن يعلم بردته بعد قتله.

فعلى قول أبي إسحاق له الخيار في فسخ البيع كما لو استحق. وعلى قول أبي علي لا خيار له في فسخ البيع ولا مطالبة له بالأرش.

أما فسخ البيع فلأن تلف الرهن كان بيده، وإذا كان تلف الرهن في يد المرتهن بعيب متقدم لم يوجب خياراً في البيع لفوات رده بالعيب، كما لو ارتهن عبداً مريضاً فمات في يده وهو لا يعلم بمرضه، لم يكن له خيار في فسخ البيع لفوات رده، وأما الرجوع بالأرش فليس له.

فإن قيل: أليس لو كان المرتد مبيعاً فلم يعلم المشتري بردته حتى قتل بها كان له الرجوع بأرشه على قول أبي علي فهلا إذا كان العبد مرهوناً فلم يعلم بردته حتى قتل بها أن يكون له الرجوع بأرشه على قول أبي علي قيل: الفرق بينهما وهو فرق أبي علي:

أن الرجوع بالأرش إنما يستحق فيما يجبر على تسليمه فلما أجبر البائع على تسليم المبيع أجبر على تسليم الأرش، ولما لم يجبر الراهن على تسليم الرهن لم يجبر على تسليم الأرش فمن هذا الوجه وحده اختلف بيع المرتد ورهنه.

فلذلك أعدت تقسيمه ولم أجعل الجواب في الرهن معطوفاً على الجواب في البيع خوف الاشتباه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالى: «وَالْقَاتِلُ فَإِنْ قُتِلَ بَطَلَ الرَّهْنُ».

قال الماوردي: أما العبد القاتل فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون قاتل خطأ يلزمه المال. وسيأتي الكلام في جواز رهنه.

والضرب الثاني: أن يكون قاتل عمد يلزمه القود فقد اختلف قول الشافعي في قتل العمد. ما الذي يوجب.

فأحد القولين أنه يوجب القود وحده فأما الدية فإنما تجب باختيار الولي. فعلى هذا يجوز رهنه كما يجوز رهن المرتد؛ لأن القاتل يتردد بين الاقتصاص منه والعفو عنه كالمرتد يتردد بين قتله بالردة، وسلامته بالتوبة.

والقول الثاني: أن قتل العمد يوجب أحد أمرين: إما القود وإما الدية فعلى هذا في جواز رهنه قولان:

أحدهما: لا يجوز رهنه كالقاتل الخطأ والقول الثاني: يجوز رهنه؛ لأنه قد يجوز العفو عنه فأما بيعه فقد مضى في كتاب البيوع.

فصل: فإذا ثبت هذا فإن قلنا إن رهنه جائز فلا يخلو حال المرتهن من أحد أمرين: إما أن يكون عالماً بجنايته أو غير عالم.

فإن كان عالماً بجنايته فلا خيار له في الحال؛ لأن الجناية عيب إذا علم بها لم يكن له خيار فيها ثم ينظر ما يكون من أمر المجني عليه في الثاني فلا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يقتص منه.

والحالة الثانية: أن يعفو عنه إلى مال.

والحالة الثالثة: أن يعفو عنه إلى غير مال.

فإن اقتص منه فلا يخلو حال القصاص من أحد أمرين:

إما أن يكون في طرف من أطرافه، أو في نفسه، فإن كان القصاص في طرف من أطرافه كيده أو رجله كان رهناً بحاله ولا خيار للمرتهن في البيع لعلمه بجنايته. وإن كان القصاص في نفسه فعلى قول أبي إسحاق له الخيار في فسخ البيع كالمستحق وعلى قول أبي علي لا خيار له في البيع لأنه عيب كان عالماً به فهذا حكم القصاص.

وإن عفا عنه إلى مال فلا يخلو حال سيده من أحد أمرين

إما أن يفديه من ماله، أو لا يفديه. فإن فداه من ماله ودفع أرش جنايته من عنده فهو رهن بحاله، ولا خيار للمرتهن في البيع.

وإن لم يفده السيد ولا غيره وبيع في الجناية فقد بطل الرهن.

وعلى قول أبي إسحاق للمرتهن الخيار في فسخ البيع كالمستحق. وعلى قول أبي علي لا خيار له لأنه عيب علم به فهذا حكم العفو إلى مال. وإن عفا عنه إلى غير مال فقد

سقط حكم الجناية واستقر رهنه. ولا خيار في البيع بحال. فهذا حكم الجناية إذا كان المرتهن عالماً بها.

فصل: فأما إذا كان المرتهن غير عالم بجنايته فعلى ضربين:

أحدهما: أن يعلم بها قبل استقرار حكمها. فإذا علم بها كان بالخيار بين فسخ البيع وإمضائه. فإن فسخ البيع كان له، لأن الجناية عيب لم يعلم به ورده ممكن. فإن أقام صار كالمرتهن عالماً بجنايته. فيكون على ما مضى من اعتبار أحوال المجني عليه في الأحوال الثلاثة من اقتصاصه أو عفوه على مال أو عفوه إلى غير مال... ثم الحكم في كل واحد منها على ما مضى.

والضرب الثاني: ألا يعلم المرتهن بجنايته إلا بعد استقرار حكمها فهذا على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يستقر حكمها على القصاص منه.

والثاني: أن يستقر حكمها على العفو عنه إلى مال.

والثالث: أن يستقر حكمها على العفو عنه إلى غير مال فإن استقر حكمها على الاقتصاص منه على ضربين:

أحدهما: أن يكون القصاص في طرفه، فلا يبطل رهنه بالقصاص لبقائه فيه لكن المرتهن بالخيار في فسخ البيع وإمضائه لإمكان رده وعدم العلم به.

والضرب الثاني: أن يكون القصاص في نفسه، فقد بطل الرهن، وعلى قول أبي إسحاق له الخيار وإن فات رده كالمستحق وعلى قول أبي علي لا خيار له لفوات رده كالعيب.

وإن استقر حكمها على العفو عنه إلى مال فعلى ضربين:

أحدهما: أن يفديه السيد. فيكون حكمه كحكم العفو عنه إلى غير مال على ما نذكره.

والضرب الثاني: ألا يفديه السيد، ويباع في جنايته فقد بطل الرهن. وعلى قول أبي إسحاق للمرتهن الخيار في فسخ البيع كالمستحق، وعلى قول أبي علي لا خيار له في فسخ البيع لفوات رده كالمعيب.

فإن استقر حكمها على العفو عنه إلى غير مال، فقد سقط حكم الجناية ثم ينظر في العبد الجاني، فإن لم يتب من جنايته وكان مصراً على حاله، فهذا عيب وللمرتهن الخيار في

فسخ البيع وإمضائه. فإن تاب العبد من جنايته وانتهى من العود إلى مثلها، فهل ذلك عيب في الحال أم لا. على وجهين مضيا في البيوع.

وما ذكرناه في توبة المرتد من الوجهين مبني على ما مضى من الوجهين:

أحدهما: أنه عيب. فعلى هذا له الخيار في فسخ البيع وإمضائه.

والوجه الثاني: أنه ليس بعيب في الحال. فعلى هذا هل له الخيار في فسخ البيع أم لا. على وجهين:

أحدهما: له الخيار اعتباراً بوجوبه في الابتداء.

والوجه الثاني: لا خيار له اعتباراً بسقوطه في الانتهاء.

فصل: فأما رهن العبد إذا كان قاتلاً في الحرابة، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يرهن قبل القدرة عليه. فهذا في حكم الفاعل في غير الحرابة لجواز العفو عنه. فيكون الحكم في رهنه على ما مضى.

والضرب الثاني: أن يرهنه بعد القدرة عليه ففي جواز رهنه وجهان:

أحدهما: يجوز لأن قتله في الحرابة لا يخرجه من ملك سيده كالمرتد.

والثاني: أن رهنه لا يجوز؛ لأن قتله محتوم لا يجوز العفو عنه، فكان أسوأ حالاً من المرتد الذي قد يتوب فيعفى عنه.

فصل: فأما إذا أخذ مالاً في الحرابة، أو سرق في غير الحرابة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون المال موجوداً معه، فينزع من يده فرهن هذا جائز؛ لأنه لم يتعلق برقبته غرم. ووجوب قطعه لا يمنع من رهنه.

فإن كان المرتهن عالماً به فلا خيار له. وإن لم يكن عالماً به فهو بالخيار في فسخ البيع وإمضائه، سواء علم به قبل قطعه، أو لم يعلم به إلا بعد قطعه لأنه قد يمكن رده بعد القطع.

والضرب الثاني: أن يكون المال قد تلف من يده فالحكم في رهنه كالحكم في رهن الجاني خطأ على ما نذكره لتعلق الغرم برقبته.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَسْلَفَهُ بِرَهْنٍ ثُمَّ سَأَلَهُ الرَّاهِنُ أَنْ يَزِيدَهُ أَلْفاً وَيَجْعَلَ الرَّهْنَ الأَوَّلَ رَهْناً بِهَا وَبِالأَلْفِ الأُولَى فَفَعَلَ لَمْ يَجُزِ الآخَرُ لأَنَّهُ كَانَ رَهْناً كُلُّهُ بِالأَلْفِ الأُولَى كَمَا لَوْ تَكَارَى دَاراً سَنَةً بِعَشَرَةٍ ثُمَّ اكْتَرَاهَا تِلْكَ السَّنَةِ بِعَيْنِهَا بِعِشْرِينَ لَمْ يَكُنْ الْكِرَاءُ

الثَّانِي إِلَّا بَعْدَ فَسْخِ الْأَوَّلِ (قال المزني) قُلْتُ أَنَا وَأَجَازَهُ فِي الْقَدِيمِ وَهُوَ أَقْيَسُ لِأَنَّهُ أَجَازَ فِي الْحَقِّ الْوَاحِدِ بِالرَّهْنِ الْوَاحِدِ أَنْ يَزِيدَهُ فِي الْحَقِّ رَهْناً فَكَذَلِكَ يَجُوزُ أَنْ يَزِيدَهُ فِي الرَّهْنِ حَقًّا».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

إذا رهن عبده على ألف درهم ثم طلب منه ألفاً أخرى على أن يكون العبد رهناً بالألفين معاً فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يفسخا الرهن الأول، ثم يستأنفاه بألفين فهذا جائز إجماعاً.

والضرب الثاني: أن يجعلاه بالعقد الأول رهناً بألفين فهذا على قولين منصوصين:

أحدهما: وهو قوله في القديم أن ذلك جائز وبه قال المزني وأبو يوسف وأبو ثور.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد أن ذلك لا يجوز وبه قال مالك وأبو حنيفة.

فإذا قلنا بقوله في القديم أن ذلك جائز فوجهه أن الضمان وثيقة كما أن الرهن وثيقة ثم ثبت أنه لو ضمن له ألفاً فصارت ذمته مرهونة بها جاز أن يضمن له ألفاً أخرى فتصير ذمته مرهونة بألفين. كذلك إذا رهنه عبداً بألف جاز أن يرهنه بألف أخرى، فيصير العبد مرهوناً بألفين.

ولأن العبد قد يكون مرهوناً بجنايته كما يكون مرهوناً بحق مرتهنه، ثم ثبت أنه لو جنا جناية صار مرهوناً بها ولا يمنع من حدوث جناية ثانية يصير مرهوناً بها.. كذلك إذا كان مرهوناً بحق مرتهنه لم يمنع من حدوث حق ثان لمرتهنه، فيصير مرهوناً به.

ولأنه لو كان مرهوناً بألف وجنا جناية أرشها ألف فغرمها المرتهن بإذن الراهن على أن يكون العبد في يده رهناً بالألف الأولى التي كان مرهوناً بها وبالألف التي غرسها جاز وصار العبد مرهوناً بألفين. كذلك إذا كان مرهوناً بألف، ثم حصل للمرتهن على الراهن ألف أخرى من معاملة على أن يكون العبد رهناً بالألف الأولى التي كان مرهوناً بها وبالألف الثانية التي استحقها جاز وصار العبد مرهوناً بألفين.

ولأن الرهن في مقابلة الدين. فلما جاز أن يزاد في الدين الواحد رهناً على رهن، جاز أن يزاد في الرهن الواحد ديناً على دين.

وإذا قلنا بقوله في الجديد: إن ذلك لا يجوز فوجهه أن يقال: لو جاز أن يرتهنه بحق آخر لجاز أن يكون رهناً عند شخص آخر. فلما لم يجز أن يكون رهناً عند شخص آخر لم يجز أن يرتهنه بحق آخر.

ألا ترى أنه لما جاز أن يضمن لشخص جاز أن يضمن له حقاً آخر.

ولأن الرهن وكل جزء منه مرهون بالحق وبكل جزء منه بدليل أنه لو قضاه الحق إلا جزءاً منه كان الرهن كله مرهوناً في الجزء الباقي منه، فلم يجز أن يصير مرهوناً بحق آخر لاشتغاله بالحق الأول كمن أجر داراً سنة لم يجز أن يؤاجرها ثانية لاشتغالها بالعقد الأول.

ولأن الرهن لا يجوز أن يكون متقدماً على الحق. فلو جاز إدخال حق ثان على الرهن لصار الرهن متقدماً على الحق.

ولأن الرهن يتبع البيع لاقترانه به، واشتراطه فيه. فيجري عليه حكمه فلما لم يجز إذا ابتاع شيئاً أن يبتاعه ثانية مع بقاء العقد الأول. لم يجز إذا ارتهن شيئاً أن يرتهنه ثانية مع بقاء العقد الأول.

فصل: فأما الجواب عن الضمان:

فالمعنى فيه أن الضمان لا يستغرق ذمة الضامن بدليل أنه يجوز أن يضمن لشخص آخر فجاز أن يضمن له حقاً آخر، وليس كذلك الرهن؛ لأن الحق قد استغرقه... ألا ترى أنه لا يجوز أن يكون رهناً عند شخص آخر فكذلك لا يجوز أن يرتهنه بحق آخر.

وكذلك الجواب عن دخول الجناية على الجناية:

أنه لما جاز أن يطرأ أرش على أرشه، جاز أن يطرأ أرشه على أرشه ولما لم يجز أن يطرأ رهن غيره على رهنه، لم يجز أن يطرأ رهنه على رهنه.

وأما الجواب عن المرتهن إذا فداه من جنايته وصار مرهوناً بهما:

فقد اختلف أصحابنا، فقال بعضهم: إن الحكم في الموضعين سواء وكلاهما على قولين. فعلى هذا سقط السؤال.

وقال آخرون: بل يجوز في الجناية قولاً واحداً. وهو منصوص الشافعي والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الجناية إذا طرأت على الرهن صار الرهن معلولاً بها لتعرضه للفسخ فجاز أن يزاد في الحق كالبيع في زمان الخيار لما كان معرضاً للفسخ جاز أن يزاد في الثمن وليس كذلك في غير الجناية؛ لأن الرهن غير معرض للفسخ، فلم يجز أن يزاد في الحق كالبيع بعد تقضي الخيار لما لم يكن معرضاً للفسخ لم يجز أن يزاد في الثمن.

والثاني: أن في ارتهانه بما قد فداه من أرش جنايته استصلاح لرهنه فجاز أن يرتهنه بها

ثانية مع بقاء الرهن الأول كما يفدي المشتري عبده إذا جني على البائع فيبيعه منه ثانية كما يفديه مع بقاء البيع الأول.

وليس كذلك في غير الجناية لأنه ليس فيه استصلاح للرهن الأول كما لم يجز أن يبتاعه ثانية في غير الجناية مع بقاء العقد الأول.

وأما الجواب عن استدلال المزني: أنه لما جازت الزيادة في الرهن على دين واحد، جازت الزيادة في الدين على رهن واحد. فيقال: الدين مستغرق للرهن وليس الرهن مستغرقاً للدين بدليل أن سقوط الدين يبطل الرهن، وسقوط الرهن لا يبطل الدين. فلذلك جاز دخول رهن ثان على أول في دين واحد ولم يجز دخول دين ثان على أول في رهن واحد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَشْهَدَ الْمُرْتَهِنُ أَنَّ هَذَا الرَّهْنَ فِي يَدِهِ بِأَلْفَيْنِ جَازَتِ الشَّهَادَةُ فِي الْحُكْمِ فَإِنْ تَصَادَقَا فَهُوَ مَا قَالاَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. فإذا ارتهن عبداً بألف ثم حصلت له ألف أخرى فجعل العبد رهناً بها وبالألف الأولى ثم أقر الراهن والمرتهن عند حاكم أو عند شاهدين أن العبد رهن بألفين فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون إقرارهما بذلك مقيداً بشرح الحال.

والضرب الثاني: أن يكون مطلقاً.

فإن أقر بذلك مقيداً بشرح ما جرى من حالهما نظر فإن كان الإقرار عند حاكم حكم عليهما باجتهاده فإن كان يرى قوله في القديم حكم بأن العبد رهن بألفين. وإن كان يرى قوله في الجديد حكم بأن العبد رهن بالألف الأولى دون الثانية.

وإن كان الإقرار عند شاهدين فأراد الشاهدان أن يشهدا بذلك عند الحاكم عند اختلاف الراهن والمرتهن. فعلى الشاهدين أن يؤديا إلى الحاكم ما سمعاه من إقرارهما مشروحاً. فإذا شهدا عنده حكم في الرهن باجتهاده فإن كان يرى القول القديم حكم بأن الرهن بألفين. وإن كان يرى القول الجديد حكم أن الرهن بألف.

فلو أراد الشاهدان ألا يذكرا شرح الإقرار وشهدا أن العبد رهن بألفين فإن كانا من غير أهل الاجتهاد لم يجز ووجب عليهما شرح الإقرار ليكون الحكم فيه مردوداً إلى اجتهاد الحاكم.

وإن كانا من أهل الاجتهاد فهل يجوز لهما أن يشهدا في الرهن عند الحاكم بما يؤديهما إليه اجتهادهما أو يشرحا له الإقرار اجتهد الحاكم فيما ثبت عنده بشهادتهما؟ على وجهين:

أحدهما: يجوز للشاهدين أن يجتهدا في الإقرار ويؤديا إلى الحاكم الشهادة على ما يصح من اجتهادهما.

فإن كانا يريان قوله في القديم شهدا عند الحاكم أن العبد رهن بألفين وإن كانا يريان قوله في الجديد شهدا أن العبد رهن بألف وأن الراهن مقر للمرتهن بألف أخرى بغير رهن.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي وهو أصح الوجهين: أن على الشاهدين أن ينقلا الإقرار إلى الحاكم مشروحاً على صورته ولا يجوز أن يجتهدا فيه؛ لأن الشاهد ناقل والاجتهاد إلى الحاكم وهكذا القول في كل شهادة طريقها الاجتهاد.

فهذا حكم الإقرار إذا كان مقيداً.

فإن أقرا بذلك مطلقاً وهو أن يقرا عند الحاكم أو عند شاهدين أن هذا العبد رهن بألفين فإن الحكم بظاهر إقرارهما واجب فيحكم الحاكم في الظاهر أن هذا العبد رهن بألفين إما بإقرارهما أو بشهادة الشاهدين على إقرارهما.

فلو عاد الراهن والمرتهن جميعاً إلى الحاكم فاعترفا عنده بالحال وشرحا له الصورة فإن كان الحاكم يرى قوله في القديم كان على الحكم الأول في أن العبد رهن بألفين وإن كان يرى قوله في الجديد حكم بأن العبد رهن بالألف الأولى دون الثانية.

ولو عاد المرتهن وحده يعترف بذلك كان الحكم كذلك ولكن لو عاد الراهن يدعي ذلك وأنكر المرتهن. فإن كان الحاكم يرى قوله في القديم قال للراهن: هذه الدعوى مؤثرة في الحكم.

وإن كان يرى قوله في الجديد فالقول قول المرتهن، ولا تقبل دعوى الراهن لتقدم إقراره. وهل على المرتهن اليمين أم لا. على وجهين:

أحدهما: لا يمين عليه.

والثاني: عليه اليمين.

وهذان الوجهان على اختلاف الوجهين في الراهن إذا أقر للمرتهن بتسليم الرهن إليه ثم عاد يدعي أنه لم يكن قد سلمه إليه وسأل إحلافه هل يحلف المرتهن أم لا. على وجهين: كذلك ههنا.

فلو كان الشاهدان حين شهدا على الراهن بإقراره المطلق علما الحال في الباطن، فهل عليهما إذا شهدا بالإقرار المطلق أن يخبرا بما علما في الباطن أم لا. على وجهين:

أحدهما: عليهما أن يشهدا بالإقرار المطلق، وليس عليهما الإخبار بما علما في الباطن لأن الشاهد يؤدي ما تحمل.

والوجه الثاني: وهو أصح. أن عليهما أن يشهدا بالإقرار المطلق ويخبرا بما علما في الباطن، لأن الشاهد ينقل إلى الحاكم بما علمه.

فسواء كان إقراراً أو غير إقرار. وهكذا القول في كل ما عليه مع ما تحمله إلا أن يكون ما علمه ينافي ما تحمله أو يعتقد أنه مناف لما تحمله فيلزمه الإخبار بما علمه. . . وهذا مبني على ما ذكرنا من اختلاف الوجهين في اجتهاد الشاهد.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ رَهَنَ عَبْداً قَدْ صَارَتْ فِي عُنُقِهِ جِنَايَةٌ عَلَى آدِمِيٍّ أَوْ فِي مَالٍ فَالرَّهْنُ مَفْسُوخٌ وَلَوْ أَبْطَلَ رَبُّ الْجِنَايَةِ حَقَّهُ لأَنَّهُ كَانَ أَوْلَى بِهِ بِحَقٍّ لَهُ فِي عُنُقِهِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن جناية العبد على ضربين:

عمد يوجب القود وقد مضى حكمه، وخطأ يوجب المال وهذا موضعه فإذا كانت جناية العبد خطأ توجب المال فقد تعلقت برقبته ليباع في جنايته.

واختلف أصحابنا في كيفية وجوبها على وجهين:

أحدهما: أنها وجبت ابتداء في رقبته لأنه لو مات سقط أرشها لفوات رقبته.

والوجه الثاني: أنها وجبت ابتداء في ذمته ثم انتقل وجوبها إلى رقبته لأنه لو أعتق لوجب عليه أرشها في ذمته، ولو وجبت في رقبته لكان كالحق المرهون فيه لا ينتقل بعد عتقه إلى ذمته.

والوجه الأول أصح. لأنها لو وجبت في ذمته في الابتداء ما جاز أن تنتقل إلى رقبته في الانتهاء كالدين، لما كان وجوبه في ذمته لم ينتقل إلى رقبته.

فإذا ثبت أن أرش الجناية متعلق برقبته فإن فداه السيد من جنايته أو أبرأه المجني عليه منها جاز للسيد أن يرهنه لفكاك رقبته، وخلاصه من جنايته فإن كان أرش الجناية باقياً في رقبته لم يجز للسيد أن يرهنه لأنه مرهون بأرش جنايته، فإن رهنه باطلاً موسراً كان أو معسراً.

ومن أصحابنا من خرج في رهنه قولاً ثانياً أنه جائز إذا كان موسراً وهو قول من زعم أنها وجبت في الابتداء في ذمته. فإن فداه السيد استقر رهنه وإن بيع في الجناية بطل رهنه.

والصحيح أن رهنه باطل قولاً واحداً في اليسار والإعسار لأن حق الجناية أوكد من حق

المرتهن لتقديمه إذا طرأ على الرهن ثم كان المرهون لا يجوز رهنه قبل فكاكه لتعلق حق المرتهن برقبته، فالجاني أولى ألا يجوز رهنه قبل فكاكه لتعلق حق المجني عليه برقبته. فلو أن المجني عليه أبطل أرش جنايته من رقبة العبد لم يصح الرهن إلا أن يستأنفا تجديد رهن لأن العقد إذا وقع فاسداً لا يصح بزوال ما وقع به فاسداً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَتِ الْجِنَايَةُ تُسَاوِي دِينَاراً وَالْعَبْدُ يُسَاوِي أَلْفاً وَهَذَا أَكْبَرُ مِنْ أَنْ يَكُونَ رَهْنُهُ بِحَقٍّ ثُمَّ رَهَنَهُ بَعْدَ الأَوَّلِ فَلاَ يَجُوزُ الرَّهْنُ الثَّانِي».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن رهن العبد الجاني خطأ على نفس. أو مال لا يجوز قبل فكاكه على الصحيح من المذهب سواء كان أرش جنايته مثل قيمته أو أقل حتى إن كانت قيمته ألفاً وأرش جنايته مائة لم يجز رهنه بما فضل من جنايته.

فإن قال: قد رهنتك الفاضل من جنايته لم يجز.

وإنما كان كذلك؛ لأن تعلق الجناية برقبته كتعلق حق المرتهن برقبته وأوكد ثم ثبت أنه لو رهنه بمائة وقيمته ألف لم يجز أن يرهنه ثانية بما بقي من الألف لأن الرهن الأول قد تعلق بالرقبة وبكل جزء منها، فصار مستغرقاً لها كذلك في الجناية.

فإن قيل: فلم إذاً رهنه بمائة وقيمته ألف ألا يجوز أن يرهنه بما بقي من الألف.

قلنا: لما ذكرنا من استغراقه بالمائة. ويجوز أن تعود قيمته مائة فيصير الثاني مشاركاً للأول منهما.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَو ارْتَهَنَهُ فَقَبَضَهُ ثُمَّ أَقَرَّ الرَّاهِنُ أَنَّهُ جَنَى قَبْلَ الرَّهْنِ جِنَايَةً ادَّعَى بِهَا فَفِيهَا قَوْلاَنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الرَّاهِنِ لأَنَّهُ أَقَرَّ بِحَقٍّ فِي عُنُقِ عَبْدِهِ وَلاَ تَبْرَأُ ذِمَّتُهُ مِنْ دَيْنِ الْمُرْتَهِنِ وَقِيلَ يَحْلِفُ الْمُرْتَهِنُ مَا عَلِمَ فَإِذَا حَلَفَ كَانَ الْقَوْلُ فِي إِقْرَارِ الرَّاهِنِ بِأَنَّ عَبْدَهُ جَنَى قَبْلَ أَنْ يَرْهَنَهُ وَاحِداً مِنْ قَوْلَيْنِ أَحَدَهُمَا أَنَّ الْعَبْدَ رَهْنٌ وَلاَ يُؤْخَذُ مِنْ مَالِهِ شَيْءٌ وَإِنْ كَانَ مُوسِراً لأَنَّهُ إِنَّمَا أَقَرَّ فِي شَيْءٍ وَاحِدٍ بِحَقَّيْنِ لِرَجُلَيْنِ أَحَدهُمَا مِنْ قَبْلِ الْجِنَايَةِ وَالآخَرِ مِنْ قَبْلِ الرَّهْنِ وَإِذَا فُكَّ مِنَ الرَّهْنِ وَهُوَ لَهُ فَالْجِنَايَةُ فِي رَقَبَتِهِ بِإِقْرَارِ سَيِّدِهِ إِنْ كَانَتْ خَطَأً أَوْ شِبْهَ عَمْدٍ لاَ قِصَاصَ وَإِنْ كَانَتْ عَمْداً فِيهَا قِصَاصٌ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ عَلَى الْعَبْدِ إِذَا لَمْ يُقِرَّ بِهَا وَالْقَوْلُ الثَّانِي أَنَّهُ إِذَا كَانَ مُوسِراً أُخِذَ مِنَ السَّيِّدِ الأَقَلُّ مِنْ قِيمَةِ الْعَبْدِ أَوْ أَرْشِ الْجِنَايَةِ فَيُدْفَعُ إِلَى الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ لأَنَّهُ يُقِرُّ بِأَنَّ فِي عُنُقِ عَبْدِهِ حَقًّا أَتْلَفَهُ عَلَى الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ بِرَهْنِهِ إِيَّاهُ وَكَانَ كَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ وَقَدْ جَنَى وَهُوَ مُوسِرٌ أَوْ أَتْلَفَهُ أَوْ قَتَلَهُ فَيَضْمَنُ الأَقَلُّ مِنْ قِيمَتِهِ أَوْ أَرْشِ الْجِنَايَةِ وَهُوَ رَهْنٌ بِحَالِهِ وَإِنَّمَا أُتْلِفَ عَلَى الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ لاَ عَلَى الْمُرْتَهِنِ وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً فَهُوَ رَهْنٌ بِحَالِهِ

وَمَتَى خَـرَجَ مِنَ الرَّهْنِ وَهُـوَ فِي مِلْكِهِ فَـالْجِنَايَـةِ فِي عُنُقِهِ وَإِنْ خَـرَجَ مِنْ الرَّهْنِ بِبَيْـعٍ فَفِي ذِمَّةِ سَيِّدِهِ الأَقَلُّ مِنْ قِيمَتِهِ أَوْ أَرْشُ جِنَايَتِهِ (قال المزني) قُلْتُ أَنَا وَهَـذَا أَصَحُّهَا وَأَشْبَهُهَـا بِقَوْلِـهِ لأَنَّهُ هُوَ وَالْعُلَمَاءُ مُجْمِعَةٌ أَنَّ مَنْ أَقَرَّ بِمَا يَضُرُّهُ لَزِمَهُ وَمَنْ أَقَرَّ بِمَا يُبْطَلُ بِهِ حَقُّ غَيْرِهِ لَمْ يَجُزْ عَلَى غَيْرِهِ وَمَنْ أَتْلَفَ شَيْئاً لِغَيْرِهِ فِيهِ حَقٌّ فَهُوَ ضَامِنٌ بِعُدْوَانِهِ، وَقَدْ قَـالَ إِنْ لَمْ يَحْلِفِ الْمُرْتَهَنُ عَلَى عِلْمِـهِ كَانَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ أَوْلَى بِهِ مِنْهُ وَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ بِهَذَا الْمَعْنَى لَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ أَعْتَقَهُ لَمْ يُضَـرَّ الْمُرْتَهَنُ فَإِنْ كَانَ مُوسِراً أُخِذَتْ مِنْهُ قِيمَتُهُ فَجُعِلَتْ رَهْناً مَكَانَهُ وَلَوْ كَانَ مُعْسِراً بِيعَ فِي الرَّهْنِ (قال) وَمَتَى رَجَعَ إِلَيْهِ لأَنَّهُ مُقِرٌّ أَنَّهُ حُرٌّ».

قال الماوردي: صورة هذه المسألة في رجـل رهن عبده رجـلاً فادعى أجنبي أن العبـد المرهون جنى عليه قبل الرهن جناية. فعلى ضربين:

أحدهما: أن يدعي جناية عمد توجب القود.

والضرب الثاني: أن يدعي جناية خطأ توجب المال.

فإن ادعى جناية عمد تـوجب القود فـالدعـوى مسموعـة على العبد دون السيد الراهن ودون المرتهن ولأن الدعوى تسمع على من ينفذ إقراره بهـا والعبد هـو الذي ينفـذ إقراره بهـا دون سيده ومرتهنه. فإذا سمعت الدعوى على العبد فإن أنكرها فالقول قـوله مـع يمينه، وهـو رهن بحاله فإن اعترف بها العبد بعد إنكار العبد ويمينه لم يكن لاعترافـه تأثير.

وإن اعترف العبد بالجنايـة وأقر بهـا كان قـوله مقبـولاً فيها سـواء اعترف السيـد أو أنكر لارتفاع التهمة عنه في وجوب القود عليه.

فإذا ثبت إقراره بها فلصاحب الجناية ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعفو عنه ويبرئه منهـا. فيكون رهنـاً بحالـه؛ لأن جنايـة العمد لا تمنـع من جواز رهنه.

والحالة الثانيـة: أن يقتصَّ منه. فـإن كان القصـاص في طرف من أطـرافه كـان رهناً بحاله وإن كان في نفسه فقد بطل الرهن لفواته.

والحالة الثالثة: أن يعفو عن القصاص عنه إلى مال. فله ذلك لثبوت الجنـاية لـه. فإن قيل: إقرار العبد بالمال غير مقبـول على سيده فلم حكمتم في المـال بإقـراره؟ قيل: لم يكن إقراره بالمال، وإنما تفرع عنه المال فصار كالمحجور عليه بالسنة لا يقبل إقراره في ماله.

ولو أقر بجناية عبد فاختار صاحبها المال وجب في ماله وإذا كان كذلـك فإن كـان أرش

الجناية محيطاً بقيمته بيع جميعه فإذا بيع بطل الرهن. وإن كان أرش الجناية أقل من قيمته بيع منه. بقدر الجناية وكان ما بقي منه رهناً مكانه ولأنه لما لم تكن جنايته مانعة من جواز رهنه لم يكن بيع بعضه فيها مبطلاً لرهن بقيته. . .

فهذا حكم الجناية إذا كانت موجبة للقود وليست مسألة الكتاب وإنما وجب تقديمها لاشتمال التقسيم عليها وقرب الكلام فيها.

فصل: وإذا ادعى جناية خطأ أو عمداً توجب المال فهي مسموعة على السيد دون العبد؛ لأن الذي ينفذ إقراره بها هو السيد دون العبد.

وإذا كان كذلك فلا يخلو حال الراهن والمرتهن من أحد أربعة أقسام:

القسم الأول: أن يصدقه الراهن والمرتهن جميعاً: فيكون الرهن باطلاً على الصحيح من المذهب، لأن رهن الجاني خطأ لا يصح وقد ثبتت جنايته بتصديق الراهن وبطل حكم الرهن بتصديق المرتهن.

فعلى هذا إن كان ارتهان العبد مشروطاً في بيع ففي بطلان البيع قولان ثم الراهن بالخيار بين أن يفديه وبين أن يمكن من بيعه. فإن مكن من بيعه ولم يفده من ماله نظر في الجناية:

فإن كان أرشها مثل قيمته فأكثر. بيع، ولم يكن لصاحب الجناية أكثر من ثمنه. وإن كانت أقل بيع منه بقدر الأرش وكان الباقي على ملك السيد لا يعود إلى الرهن.

وإن فداه نظر في أرش جنايته فإن كان مثل قيمته فما دون فداه بأرش جنايته. وإن كان أكثر فعلى قولين:

أحدهما: ليس عليه أكثر من قيمته كما لو بيع في جنايته بذل المشتري فيه قدر قيمته لم يستحق صاحب الجناية أكثر منها. كذلك إذا فداه الراهن المالك بها.

والقول الثاني: عليه جميع الأرش وإن زاد على قيمته إلا أن يمكن من بيعه لأنه قد يجوز لو مكن من بيعه أن يحدث راغب في ابتياعه بأرش جنايته فإذا فداه لم يعد إلى الرهن إلا باستئناف عقد، لأن العقد إذا فسد لم يصح بما يطرأ فيما بعده.

فصل: والقسم الثاني: أن يكذبه الراهن والمرتهن جميعاً:

فتكون اليمين على الراهن دون المرتهن لأن المرتهن لو أقر لم تثبت الجناية بإقراره فوجب إذا أنكر ألا تجب عليه اليمين بإنكاره فإن حلف الراهن كان العبد رهناً بحاله. وإن

نكل عن اليمين وأجاب المرتهن إلى اليمين فهل ترد اليمين على المرتهن أم لا؟ على قولين مبنيين على اختلاف قوليه في غرماء المفلس إذا أجابوا إلى اليمين عند نكول المفلس.

أحدهما: لا يحلف المرتهن بل ترد اليمين على مدعي الجناية. فإن حلف حكم له بأرش الجناية وأبطل الرهن وإن نكل عن اليمين كان العبد رهناً بحاله ولا شيء له.

والقول الثاني: يحلف المرتهن إذا أجاب إلى اليمين. فإن حلف كان العبد رهناً بحاله ولا شيء لمدعي الجناية. وإن نكل عن اليمين ردت حينئذ على مدعي الجناية فإن حلف ثبت له الأرش وبطل الرهن وإن نكل فلا شيء له والعبد رهن بحاله.

فصل: والقسم الثالث: أن يصدقه المرتهن ويكذبه الراهن:

فيبطل الرهن بتصديق المرتهن، لأنه غير لازم من جهته وهو مقر ببطلانه. ثم إن كان المرتهن عدلاً جاز أن يكون شاهداً لمدعي الجناية على الراهن لأنه غير متهم في شهادته. وإذا بطل الرهن بإقرار المرتهن لم يثبت بإقراره أرش الجناية لأنه لا يملك الإقرار في مال غيره إلا أن يكون شاهداً فيه ويكون القول قول الراهن مع يمينه ما لم يقم المدعي ببينة.

فإذا حلف الراهن كان العبد على ملكه، ولا شيء لمدعي الجناية ولا يكون بطلان الرهن بتصديق المرتهن قادحاً في صحة البيع ولا موجباً للخيار، وإن نكل الراهن ردت اليمين على مدعي الجناية. فإذا حلف حكم له بأرشها وبيع العبد فيها إلا أن يفديه السيد منها.

فصل: والقسم الرابع وهي مسألة الكتاب: أن يصدقه الراهن ويكذبه المرتهن:

ففيه قولان منصوصان:

أحدهما: أن القول قول الراهن لأمرين:

أحدهما: أنه مقر في ملكه بما تنتفي عنه التهمة به فوجب أن يحكم بإقراره كغير المرهون ولأن الرهن يوجب حجر الحق المعين كالمرض ثم كان المريض لو أقر بجنايته في رقبة عبد كان إقراره نافذاً فوجب إذا أقر الراهن بجناية في رقبة عبده أن يكون إقراره نافذاً.

والقول الثاني: أن القول قول المرتهن لأمرين:

أحدهما: أن في إقرار الراهن إبطالاً للرهن بعد لزومه. والرهن إذا لزم فلا سبيل للراهن إلى إبطاله ببيع أو غيره فوجب أن يكون القول قول المرتهن.

والثاني: أن الراهن محجور عليه في عين الرهن حجراً يمنعه من بيعه وعتقه كالسفيه

الذي يمنعه الحجر من بيع عبده أو عتقه ثم كان لو أقر السفيه بجناية في رقبة عبده لم يحكم بإقراره لأجل حجره. كذلك إذا أقر الراهن بجناية في رقبة عبده لم يحكم بإقراره لأجل حجره.

فصل: فإذا ثبت توجيه القولين انتقل الكلام إلى التفريع عليهما.

فإذا قلنا: إن القول قول الراهن فهل عليه اليمين أم لا. على قولين:

أحدهما: لا يمين عليه لأنه لو رجع عن إقراره لم يقبل رجوعه واليمين إنما تجب على من يقبل رجوعه.

والقول الثاني: عليه اليمين. لأنه بإقراره مبطل لحق المرتهن من رقبة عبده ومنكر لصحة رهنه. فافتقر إلى يمين يدفع بها مطالبة المرتهن بصحة الرهن.

وتكون يمينه على البت والقطع لأنها وإن كانت على فعل غيره فهي يمين إثبات. ويبين الإثبات لا تكون إلا على البت والقطع.

فإذا قلنا لا يمين على الراهن. أو قلنا عليه اليمين فحلف ثبتت الجناية في رقبة العبد. ثم لا يخلو حاله من أحد أمرين:

إما أن يباع في الجناية. أو يفديه السيد.

فإن بيع في الجناية لم يخل حال أرش الجناية من أحد أمرين:

إما أن يكون مستوعباً لقيمة الرهن أو غير مستوعب لها. فإن كان الأرش مستوعباً لقيمته بيع جميعه وصرف ثمنه في الأرش وقد بطل الرهن فإن كان الرهن مشروطاً في بيع فالبيع جائز لا يبطل قولاً واحداً لأن قول أحد المتبايعين غير مقبول في إبطال البيع بعد صحته لكن للمرتهن البائع الخيار في فسخ البيع لأنه شرط رهناً وجب انتزاعه من يده بسبب تقدم القبض.

وإن كان الأرش غير مستوعب لقيمته بيع منه بقدر الأرش مثاله: أن تكون أرش الجناية مثل نصف القيمة فيباع نصفه في الجناية ليصرف في أرشها ويبطل الرهن فيه. وهل يبطل في النصف الثاني الذي لم يبع في الأرش أم لا. على قولين:

أحدهما: قد بطل الرهن فيه أيضاً لأننا قد حكمنا بثبوت الجناية في رقبته والجاني لا يصح رهنه فيما فضل من جنايته. فوجب أن يكون رهن جميعه باطلاً كما لو قامت بينة بجنايته.

والقول الثاني: أن النصف الباقي رهن بحاله. وقد نص عليه الشافعي في الأم فقال: ولو شهد شاهد على جنايته قبل الرهن حلف ولي المجني عليه مع شاهده وكانت الجناية أولى به من الرهن حتى يستوفي المجني عليه جنايته ويكون ما فضل من ثمنه رهناً. وإنما كان كذلك لأن إقرار الراهن إنما نفذ في الجناية بحق المجني عليه لوجود الإقرار منه. ألا ترى أن الراهن لو أقر بالجناية ولم يدعيها المجني عليه كان الراهن بحاله لا يبطل بإقراره. وإذا كان إقراره إنما نفذ لحق المجني عليه وجب أن يكون ما فضل من حق المجني عليه لا ينفذ إقراره فيه ويكون رهناً بحاله فلو لم يمكن أن يباع منه بقدر الجناية بيع جميعه. ودفع من ثمنه أرش الجناية وكان الفاضل منه رهناً مكانه أو قصاصاً من الحق.

فأما إن فداه الراهن من جنايته فإن كان أرش الجناية لا يزيد على قيمته فلا يلزمه الزيادة عليها وإن زاد أرش الجناية على قيمته فعلى قولين:

أحدهما: يفديه بقيمته ولا يلزمه الزيادة عليها.

والقول الثاني: يفديه بجميع الأرش. فإن فداه فهل يكون على حاله في الرهن أم لا. على قولين مبنيين على اختلاف القولين الماضيين في الفاضل عن جنايته هل يكون رهناً مكانها أم لا:

أحدهما: يكون رهناً مكانها بالعقد الأول.

والثاني: قد بطل الرهن فلا يعود إليه إلا بعقد مستأنف.

فصل: وإن قلنا إن على الراهن اليمين فنكل عنها وجب ردها وفيمن ترد عليه وجهان:

أحدهما: ترد على المجني عليه لأن الأرش صائر إليه. فإن حلف ثبت أرش الجناية في رقبة العبد وأخرج عن الرهن ليباع في الأرش على ما مضى. وإن نكل كان العبد رهناً بحاله ولا مطالبة له على الراهن بالأرش على ما مضى لأنه كان قادراً عليه بيمينه لو حلف فإن خرج العبد من الرهن وعاد إلى الراهن وجب تسليمه إليه ليستوفي أرش جنايته منه. وإن بيع في الرهن ولم يعد إلى الراهن بطل أرش الجناية.

والوجه الثاني: أن اليمين ترد على المرتهن لأن نكول الراهن يوجب نقل اليمين من جهته إلى جهة من في مقابلته فلم يجز ردها إلى المجني عليه لأنه من جهته فوجب ردها على المرتهن لأنه في مقابلته. فعلى هذا إن حلف المرتهن حلف على العام لأن يمينه على نفي فعل الغير وكان العبد رهناً في يده.

وهل يستحق المجني عليه على الراهن أرش جنايته أم لا. على قولين نذكر توجيههما فيما بعد.

وإن نكل المرتهن عن اليمين فهل ترد على المجني عليه أم لا: على وجهين مخرجين من اختلاف القولين في رجوع المجني عليه على الراهن عند يمين المرتهن:

أحدهما: لا ترد اليمين على المجني عليه. وهذا على القول الذي يقول إن للمجني عليه الرجوع على الراهن لو حلف المرتهن لأنه لو حلف لم يبطل حق المجني عليه فوجب إذا نكل ألا ترد اليمين على المجني عليه. فعلى هذا يكون العبد رهناً بحاله.

والوجه الثاني: أن اليمين ترد على المجني عليه. وهذا على القول الذي يقول إنَّ ليس للمجني عليه أن يرجع على الراهن لو حلف المرتهن لأن في يمين المرتهن إسقاطاً لحق المجني عليه فوجب إذا نكل عنها أن ترد على المجني عليه.

فعلى هذا إن حلف المجني عليه ثبت أرش جنايته في رقبة العبد وأخرج العبد من الرهن ليباع في الأرش. وإن نكل عنها كان العبد رهناً بحاله على ما مضى. فهذا جملة التفريع إذا قلنا إن القول قول الراهن.

فصل: وإذا قلنا إن القول قول المرتهن فالقول قوله مع يمينه ويمينه على العلم لأنها على نفي فعل الغير وإنما لزمته اليمين قولاً واحداً لأنه لو رجع بعد إنكاره قبل رجوعه فاحتاج إلى يمين يرتدع بها لجواز أن يرجع عنها. فإن حلف كان العبد رهناً في يديه ولا اعتراض فيه هل للمجني عليه، وهل على الراهن غرم الجناية للمجني عليه أم لا. على قولين:

أحدهما: لا غرم عليه لأنه أقر بما علمه من الجناية وإقراره بجناية غيره لا يوجب عليه غرم جنايته لأنه لا يخلو فيه من صدق أو كذب فإن كان كاذباً فلا شيء عليه. وإن كان صادقاً وجب انتزاع العبد الجاني من المرتهن وعلى هذا إن عاد العبد إلى الراهن إما بفكاك أو بيع فابتاعه أو ورثه أو استوهبه ثبتت الجناية في رقبته لإقرار الراهن بها وبيع فيها إلا أن يفديه الراهن منها وإن لم يعلم الراهن فلا شيء عليه.

والقول الثاني: عليه غرم الجناية لأنه بالرهن قد حال بين المجني عليه وبينه، وأتلف عليه حقه. فوجب أن يلزمه غرم الأرش كما لو أعتقه أو قتله فإن كان موسراً بها في الحال أو غرم وإن كان معسراً أنظر إلى أن يوسر ثم يغرم.

فعلى هذا إن كانت الجناية مثل قيمته فما دون غرم جميعها وإن كانت الجناية أكثر من قيمته فعلى قولين:

أحدهما: عليه غرم جميعها. وإن زادت على قيمته أضعافاً.

والقول الثاني: عليه غرم قيمته، وليس عليه غرم الزيادة. فيكون غارماً لأقل الأمرين من قيمته أو جنايته.

وهذان القولان كما لو أراد أن يفديه من جنايته وهو غير مرهون. ومن أصحابنا من قال: يغرم قيمته ولا يلزم غرم الزيادة قولاً واحداً بخلاف ما لو أراد أن يفديه وهو غير مرهون؛ لأنه إذا كان غير مرهون أمكن بيعه وههنا لا يمكن بيعه فصار متلفاً له كما لو قتله أو أعتقه لم يلزمه غرم الزيادة قولاً واحداً، ولزمه أقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته كما يفدي أم ولده وإذا غرم أرش الجناية ثم عاد العبد إليه فلا حق فيه للمجني عليه. فهذا حكمه إذا حلف المرتهن.

فصل: فإن نكل المرتهن عن اليمين وجب ردها وفيمن ترد عليه وجهان:

أحدهما: وهو منصوص الشافعي: أنها ترد على المجني عليه. وهذا على القول الذي يقول: إن المرتهن لو حلف لم يغرم الراهن شيئاً فلا معنى لردها على الراهن لأنه لا يدفع بها عن نفسه شيئاً وردت على المجني عليه؛ لأنه يثبت بها حق نفسه فعلى هذا إن حلف المجني عليه ثبت أرش الجناية في رقبة العبد وبيع فيها، إلا أن يفديه الراهن منها.

وإن نكل فلا شيء له في الحال ولا مطالبة له على الراهن بالأرش لأنه قد كان قادراً عليه بيمينه لو حلف فإن عاد العبد إلى الراهن لزمه حينئذ تسليمه إلى المجني عليه ليباع في الجناية أو يفديه الراهن منها. وإن لم يجد إليه وبيع في الرهن سقط حق المجني عليه.

والوجه الثاني: أن اليمين ترد على الراهن. وهذا على القول الذي يقول إن المرتهن لو حلف كان على الراهن أرش الجناية للمجني عليه لأنه يدفع بيمينه عن نفسه ما يلزمه بإقراره للمجني عليه من الأرش. فعلى هذا إن حلف خرج العبد من الرهن وبيع في الجناية إلا أن يفديه الراهن منها.

وإن نكل عن اليمين فهل ترد على المجني عليه أم لا؟ على وجهين مخرجين من اختلاف قوليه في المفلس أو الورثة إذا امتنعوا من اليمين هل ترد على الغرماء أم لا على قولين منصوصين. فكذلك رد اليمين. على المجني عليه مخرج على وجهين:

أحدهما: ترد اليمين على المجني عليه. فإن حلف ثبت أرش الجناية وبيع فيها إلا أن يفديه الراهن منها. وإن نكل عن اليمين فلا مطالبة له على الراهن بعوض الأرش لأنه قد كان قادراً عليه بيمينه. فإن عاد العبد إلى الراهن لزمه تسليمه إلى المجني عليه ليباع في الجناية

إلا أن يفديه الراهن منها وإن لم يعد إلى الراهن، وبيع في الرهن سقط أرش الجناية.

والوجه الثاني: أنها لا ترد على المجني عليه. فعلى هذا هل يرجع المجني عليه على الراهن فيغرمه أرش الجناية أم لا؟ على قولين:

أحدهما: يلزمه غرم أرشها على ما ذكرنا من اعتبارها بقيمة العبد لأنه قد صار متلفاً على المجني عليه فلزم أرش الجناية برهنه ونكوله.

والقول الثاني: لا يلزمه غرم أرشها وتكون في رقبة العبد. فإذا عاد إلى الراهن بيع فيها إلا أن يفديه السيد فإن لم يعد سقطت مطالبته بأرشها فهذا جملة التفريع على القولين إذا أقر الراهن أنه جنى وأنكر المرتهن.

فصل: فأما إذا أقر الراهن أنه مغصوب وأنكر المرتهن فعلى قولين منصوصين:

ولو أقر الراهن أنه أعتقه وأنكر المرتهن فعلى قولين مخرجين، فتصير المسائل الثلاث في الإقرار بالجناية والغصب والعتق على قولين على ما مضى من التفريع عليهما.

فصل: فأما إذا آجره ثم أقر المؤجر بجنايته وأنكر المستأجر فإن القول قول المؤجر قولاً واحداً، لأن بيعه في الجناية لا يبطل الإجارة بخلاف الرهن. فلم يكن لإنكار المستأجر تأثير في عقده. وكذلك لو ادعى المؤجر أنه أعتقه كان قوله مقبولاً والإجارة بحالها وهل للعبد أن يرجع على سيده بأجرة المدة الباقية من الإجارة بعد عتقه أم لا؟ على قولين يأتي موضع توجيههما إن شاء الله، ولكن لو أقر المؤجر أنه مغصوب وأنكر المستأجر كان على قولين، لأن إقراره لوضع لأبطل الإجارة فصار كإقراره بجناية المرهون ويغصبه فيكون على قولين.

فصل: فأما إذا باعه ثم أقر البائع أنه كان قد جنى أو أقر أنه أعتقه أو أنه مغصوب وأنكر المشتري فإنه لا يقبل إقرار البائع قولاً واحداً ويكون القول قول المشتري وكذلك لو كاتبه ثم أقر أنه جنى أو غصب لم يقبل إقراره قولاً واحداً.

والفرق بين البيع والكتابة حيث لم يقبل إقراره قولاً واحداً وبين الرهن حيث قبل إقراره في أحد القولين.

إن إقراره بعد البيع والكتابة إقرار بعد خروجه من ملكه فلم ينفذ إقراره في غير ملكه وإقراره بعد الرهن إقرار في ملكه. فجاز أن ينفذ في أحد القولين.

فصل: فأما المزني فإنه اختار أن يكون القول قول المرتهن، وهذا أصح القولين واختار أن على الراهن غرامة الأرش وهذا أيضاً أصح القولين إلا أنه استدل عليه بشيئين أحدهما ضعيف والآخر غير صحيح.

فأما الضعيف فهو أن قال: لأنه والعلماء مجمعة على أن من أقر بما يضره قبل إقراره ومن أقر بما يبطل به حق غيره لم يجز إقراره على غيره ومن أتلف شيئاً لغيره فيه حق فهو ضامن بعدوانه فكأنه يقول: إن في إقراره إضراراً بنفسه فقبل إضراراً بغيره فلم يقبل. .

فيقال للمزني: ليس يمتنع قبول إقرار من أضر بنفسه. وإن كان فيه إقراراً بغيره إذا لم تلحقه تهمة في إقراره. . ألا ترى أن العبد لو أقر على نفسه بجناية عمد قبل إقراره وإن كان فيه إضرار بسيده، لأن التهمة لا تلحقه في إقراره.

كذلك الراهن وإن أقر بما فيه إضرار بالمرتهن قبل إقراره لأن التهمة لا تلحقه في إقراره.

وقوله: ومن أتلف شيئاً لغيره فيه حق فهو ضامن لعدوانه. فيقال له ليس من الراهن إتلاف لما فيه حق للمجني عليه لأن حقه في رقبة العبد الجاني وهو باق لم ينقله الراهن وإنما وقع عليه عقد مع بقاء الرقبة ووجود العين.

وأما ما استدل به مما هو غير صحيح فهو أن قال:

وقد قال الشافعي في هذا المعنى: ولو أقر بأنه أعتقه لم يضر المرتهن. فيقال له: وهذا أيضاً على قولين كالجناية. فلم يصح الاستدلال به والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ جَنَى بَعْدَ الرَّهْنِ ثُمَّ بَرِىءَ مِنَ الْجِنَايَةِ بِعَفْوٍ أَوْ صُلْحٍ أَوْ غَيْرِهِ فَهُوَ عَلَى حَالِهِ رَهْنٌ لأَنَّ أَصْلَ الرَّهْنِ كَانَ صَحِيحاً».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا كان العبد مرهوناً فجنى بعد الرهن جناية توجب القود أو المال فالرهن صحيح لا يبطل بجنايته الحادثة لأن ملك الراهن لم يزل بالجناية الحادثة فوجب ألا يبطل عقد الرهن بالجناية الحادثة.

فإن قيل: فهلا بطل عقد الرهن بالجناية الحادثة بعد الرهن كما بطل بالجناية المتقدمة على الرهن؟ قلنا: استدامة العقد أقوى من ابتدائه فلذلك كان تقدم الجناية مانعاً من ابتداء الرهن لضعفه ولم يكن حدوث الجناية مانعاً من استدامة الرهن لقوته كما أن العدة تمنع من ابتداء النكاح ولا تمنع من استدامته.

فإذا ثبت أن الرهن لا يبطل بحدوث الجناية فقد تعلق برقبة العبد حقان حق للمرتهن بعقد الرهن، وحق للمجني عليه بحدوث الجناية فقدم حق المجني عليه على حق المرتهن لأن حق الجناية مقدم على حق المرتهن لثلاثة معان:

أحدها: أن حق الجناية وجب بلا اختيار وحق المرتهن وجب باختيار وما وجب بلا اختيار أوكد مما وجب باختيار كما أن الملك بالإرث أوكد من الملك بالبيع، لأن الإرث بلا اختيار والبيع باختيار.

والثاني: أن حق الجناية متعلق بالرقبة، وحق الرهن ثابت في الذمة.

إذا كان العبد مرهوناً فجنى بعد الرهن جناية توجب القود أو المال فالرهن صحيح لا يبطل بجنايته الحادثة لأن ملك الراهن لم يزل بالجناية الحادثة فوجب ألا يبطل عقد الرهن بالجناية الحادثة.

فإن قيل: فهلا بطل عقد الرهن بالجناية الحادثة بعد الرهن كما بطل بالجناية المتقدمة على الرهن؟ قلنا: استدامة العقد أقوى من ابتدائه فلذلك كان تقدم الجناية مانعاً من ابتداء الرهن لضعفه ولم يكن حدوث الجناية مانعاً من استدامة الرهن لقوته كما أن العدة تمنع من ابتداء النكاح ولا تمنع من استدامته.

فإذا ثبت أن الرهن لا يبطل بحدوث الجناية فقد تعلق برقبة العبد حقان حق للمرتهن بعقد الرهن، وحق للمجني عليه بحدوث الجناية فقدم حق المجني عليه على حق المرتهن؛ لأن حق الجناية مقدم على حق المرتهن لثلاثة معان:

أحدها: أن حق الجناية وجب بلا اختيار وحق المرتهن وجب باختيار وما وجب بلا اختيار أوكد مما وجب باختيار كما أن الملك بالإرث أوكد من الملك بالبيع لأن الإرث بلا اختيار والبيع باختيار.

والثاني: أن حق الجناية متعلق بالرقبة وحق الرهن ثابت في الذمة ويتعلق بالرقبة فكان تقديم حق الجنابة المتعلقة بالرقبة أولى من تقديم حق الرهن الثابت في الذمة مع تعلقه بالرقبة؛ لأن فيه استيفاء الحقين وفي تقديم حق الرهن إسقاط أحد الحقين.

كما أن من وجب عليه القصاص في طرفه والقصاص في نفسه يقدم القصاص في نفسه على القصاص في طرفه؛ لأن فيه استيفاء الحقين، وفي تقديم القصاص في النفس إسقاط أحد الحقين.

والثالث: أنه لما قوي حق الجناية في منع الرهن إذا كان حق الجناية متقدماً، قوي في تقديمه على حق الرهن إذا كان حق الجناية متأخراً لأن أقوى الحقين يقدم على أضعفها.

فصل: فإذا ثبت أن حق الجناية متقدم على حق الرهن فإن عفا المجني عليه سقط حق الجناية وبقي حقه الرهن، وكان العبد رهناً بعد العفو كما كان رهناً قبل الجناية.

وإن لم يعف عنها وطالب بحقه فيها فلا يخلو حال الجناية من أحد أمرين:

إما أن تكون موجبة للقود أو موجبة للمال. فله أن يقتصَّ فإذا اقتصَّ لم يخل من أحد أمرين:

إما أن تكون في نفسه، أو في طرفه. فإن كانت في طرفه كان رهناً بعد القصاص كما كان رهناً قبل القصاص. وإن كانت في نفسه بطل الرهن لفواته بعد القصاص.

وإن كانت الجناية موجبة للمال فإن فداه الراهن من ماله كان رهناً بحاله، وإن لم يفده من ماله بيع في الجناية. فإن كان أرشها مثل قيمته أو أكثر بيع جميعه فإذا بيع فقد بطل الرهن وإن كان أرشها أقل من قيمته بيع منه بقدر الأرش وكان ما بقي رهناً إلا أن لا يمكن بيع بعضه فيباع جميعه، ويكون ما فضل من ثمنه بعد الأرش هنا مكانه أو قصاصاً من الحق، ولا يكون للمرتهن خيار في البيع بحدوث ذلك بعد الرهن.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ دَبَّرَهُ ثُمَّ رَهَنَهُ كَانَ الرَّهْنُ مَفْسُوخاً لأَنَّهُ أَثْبَتَ لَهُ عِتْقاً قَدْ يَقَعُ قَبْلَ حُلُولِ الرَّهْنِ فَلاَ يَسْقُطُ الْعِتْقُ وَالرَّهْنُ غَيْرُ جَائِزٍ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي التَّدْبِيرِ إِلاَّ بِأَنْ يُخْرِجَهُ مِنْ مِلْكِهِ».

قال الماوردي: أما التدبير: فهو قول الرجل لعبده إذا مت فأنت حر أو أنت حر بموتي، أو أنت حر في دبر حياتي. فيعتق العبد بموت سيده، ويكون عتقه من ثلثه، وهو قبل موت السيد رقيق تجري عليه أحكام العبيد. وإذا كان كذلك فقد اختلف قول الشافعي في التدبير فله فيه قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم وبعض الجديد: أن التدبير يجري مجرى الوصايا لأنها عطية بعد الموت معتبرة في الثلث فوجب أن تجري مجرى الوصايا كالموصى بعتقه. فعلى هذا يصح الرجوع فيه بالقول والفعل مع بقائه في الملك ومع خروجه منه، كما يصح أن يرجع في الوصايا بالقول والفعل مع بقائها في الملك وخروجها منه.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد: أن التدبير يجري مجرى العتق بالصفات لأن تعليق عتقه بموته كتعليق عتقه بموت غيره. فلما كان لو علق عتقه بموت غيره فقال: إذا مات زيد فأنت حر كان عتقاً بصفة كذلك إذا علق عتقه بموته فقال: إذا مت فأنت حر كان عتقاً بصفة فعلى هذا لا يصح أن يرجع فيه بالقول مع بقائه على ملكه كما لا يصح أن يرجع في العتق بالصفة بالقول مع بقائه على ملكه.

فصل: فإذا ثبت هذان القولان في التدبير أنه هل يجري مجرى الوصية أو مجرى العتق بالصفة فرهن الرجل مدبره ففي رهنه ثلاثة أقوال:

أحدهما: أن رهنه باطل على القولين معاً سواء قيل إنه عتق بصفة أو وصية لأنه قد يجوز أن يعتق قبل حلول الحق بموت السيد فتبطل الوثيقة به فلم يصح رهنه.

والقول الثاني: أن رهنه جائز على القولين معاً سواء قيل إنه وصية أو عتق بصفة، لأنه لما جاز أن يطرأ عليه التدبير فيكون الرهن صحيحاً لجواز بيعه جاز أن يطرأ الرهن على التدبير فيكون الرهن جائزاً لجواز بيعه وليس ما يطرأ من جواز أن يعتق بموت السيد قبل حلول الحق بمانع من صحة الرهن كما أن الحيوان قد يجوز أن يموت قبل حلول الحق وذلك بمانع من صحة الرهن.

والقول الثالث: أن رهنه جائز إذا قيل إن التدبير وصية وباطل إذا قيل إنه عتق بصفة وهذا أصح الأقاويل لأن الرهن رجوع عن التدبير مع بقاء الملك والرجوع عن التدبير مع بقاء الملك ويجوز إذا قيل إن التدبير وصية ولا يجوزإذا قيل إنه عتق بصفة فلذلك جاز رهنه إذا قيل إن التدبير وصية ولا يجوز إذا قيل إنه عتق بصفة.

ولأصحابنا في ترتيب هذه المسألة طرق مضطربة وهذه الطريقة أصحها.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من هذه الأقاويل في حكم رهنه فإذا قلنا: إن رهنه باطل فالتدبير بحاله باق. وإذا قلنا: إن رهنه صحيح فهل يبطل التدبير أم لا؟ على قولين:

أحدهما: أن التدبير قد بطل وهذا على القول الثالث.

والثاني: أن التدبير لا يبطل وهذا على القول الثاني.

فإذا قلنا إن التدبير قد بطل فهو رهن يباع فيه وإن أفتكه الراهن لم يعد التدبير وإن مات الراهن لم يعتق عليه لأن التدبير إذا بطل ارتفع حكمه. وإذا قلنا: إن التدبير لا يبطل، فإن أفتكه الراهن بأداء الحق خرج من الرهن كان مدبراً بعتق بموت سيده، وإن لم يفتكه بيع في الرهن لأن بيع المدبر جائز على مذهبنا فإذا بيع زال عنه حكم التدبير فإن ملكه الراهن فيما بعد ببيع أو هبة أو ميراث فهل يعود إلى التدبير أم لا. على قولين مبنيين على اختلاف قوليه في الأيمان بالصفات في العتق والطلاق إذا وقعت في عقد هل يقع الحنث بها في عقد ثان أم لا.

فأما إذا لم يفتكه الراهن ولا بيع في الرهن حتى مات الراهن، فإن خلف وفاء لقضاء الحق عتق المدبر إذا كان خارجاً من الثلث فإن لم يخلف وفاء لقضاء الحق بيع في الحق،

لأن قضاء الدين مقدم على العتق بالتدبير، لأن محل التدبير في الثلث والدين من رأس المال وبما وجب من رأس المال أحق بالتقديم مما وجب في الثلث.

فإن كان الدين محيطاً بجميع قيمته بيع جميعه في قضاء الدين ولم يعتق شيء منه بالتدبير. وإن كان أقل من قيمته بيع منه بقدر الدين وعتق من الباقي بالتدبير قدر ما احتمله الثلث.

فصل: فأما إذا رهن عبداً غير مدبر، ثم دبره صح تدبيره ولم يبطل رهنه، وكان حكمه على ما ذكر آنفاً إذا دبره ثم رهنه صح رهنه ولم يبطل تدبيره. فإن قيل: فهلا كان تدبير المرهون باطلاً كما كان عتقه في بعض الأقاويل باطلاً؟ قيل: لأن العتق إزالة ملك يمنع من جواز البيع، وليس التدبير إزالة ملك ولا يمنع من جواز البيع. فإن قيل: فهلا كان التدبير إذا طرأ على الرهن مانعاً من صحة الرهن، كما لو كان التدبير متقدماً منع في بعض الأقاويل من صحة الرهن؟

قيل: لأن استدامة الرهن أقوى من ابتدائه. ألا ترى أن جناية المرهون إذا طرأت على الرهن لم تمنع صحة الرهن ولو تقدمت على الرهن منعت من صحة الرهن.

فصل: فأما المزني فإنه اختار أن التدبير وصية، واختار أن الرهن مبطل للتدبير كما كان مبطلاً للوصية.

فأما ما اختاره من أن التدبير وصية وليس بعتق بصفة، فاستدل عليه من مذهب الشافعي بمسألتين ليس له فيهما دليل:

إحداهما: أنه قال: قد قال الشافعي ولو قال لمدبره: إن أديت كذا بعد موتي فأنت حر أنه رجوع في التدبير. ولا دليل للمزني في هذه المسألة لأن الشافعي قال ذلك على القول الذي يزعم أن التدبير وصية. فأما على القول الآخر الذي يقول إن التدبير عتق بصفة، فلا يختلف أصحابنا أنه لا يكون رجوعاً عن التدبير.

والمسألة الثانية: أن قال: قد قال الشافعي رحمه الله: ولو وجب المدبر ولم يقبضه إنه رجوع في التدبير.

واختلف أصحابنا في هذه المسألة على وجهين:

أحدهما: أن الهبة قبل القبض تكون رجوعاً في التدبير على القول الذي يقول: إن التدبير وصية فأما على القول الذي يقول: إن التدبير عتق بصفة فلا يكون رجوعاً في التدبير.

فعلى هذا لا دليل للمزني في هذه المسألة كما لم يكن له دليل في تلك.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أنه يكون رجوعاً في التدبير على القولين معاً سواء قلنا إن التدبير وصية أو عتق بصفة.

فعلى هذا الفرق بين الرهن والهبة: أن الهبة تزيل الملك بعد القبض وهي أحد موجبي زوال الملك قبل القبض، والرهن لا يزيل الملك ولا هو أحد موجبي ما يزيل الملك فلذلك كانت الهبة رجوعاً وإن لم يقبض على القولين معاً بخلاف الرهن.

فأما ما اختاره من أن الرهن مبطل للتدبير كما كان مبطلاً للوصية فالجواب عنه أن يقال:

أما على القول الذي يزعم أن التدبير عتق بصفة فلا يكون الرهن رجوعاً عن التدبير لا يختلف فيه وأما على القول الذي يزعم أن التدبير وصية فقد اختلف أصحابنا في عقد الرهن إذا تجدد هل يبطل التدبير والوصية أم لا. على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن عقد الرهن يبطل التدبير والوصية جميعاً لأنهما يبطلان بالقول مع بقاء الملك، والرهن كالقول في الرجوع. فعلى هذا قد صح للمزني المذهب وسلم له الدليل.

والوجه الثاني: أن عقد الرهن لا يبطل التدبير ولا الوصية جميعاً لأن عقد الرهن ليس بصريح في الرجوع ولا فيه دليل على الرجوع. وإنما صارت رقبته وثيقة بحق المجني عليه فلم يجز أن يكون الرهن رجوعاً كما لم تكن جناية العبد رجوعاً. فعلى هذا لم يصح للمزني المذهب ولا سلم له الدليل.

والوجه الثالث: أن الرهن يكون رجوعاً في الوصية ولا يكون رجوعاً في التدبير. والفرق بينهما: أن التدبير أقوى من الوصية وإن جرى مجرى الوصية لأن التدبير عطية تقع بالموت لا تفتقر إلى قبول فقوي حكمها ولم تبطل بالرهن والوصية لا تملك إلا بالقبول بعد الموت فكانت أضعف من التدبير فبطلت بالرهن. فعلى هذا قد صح للمزني المذهب ولم يسلم له الدليل.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ لَهُ إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ ثُمَّ رَهَنَهُ كَانَ هَكَذَا (قال المزني) قُلْتُ أَنَا وَقَدْ (قال الشافعي) إِنَّ التَّدْبِيرَ وَصِيَّةٌ فَلَوْ أَوْصَى بِهِ ثُمَّ رَهَنَهُ أَمَا كَانَ جَائِزاً؟ فَكَذَلِكَ التَّدْبِيرُ فِي أَصْلِ قَوْلِهِ وَقَدْ قَالَ فِي الْكِتَابِ الْجَدِيدِ آخِرَ مَا سَمِعْنَاهُ مِنْهُ وَلَوْ قَالَ فِي الْمُدْبِرِ إِنْ أَدَّى بَعْدَ مَوْتِي كَذَا فَهُوَ حُرٌّ أَوْ وَهَبَهُ هِبَةً بَتَاتٍ قَبَضَ أَوْ لَمْ يَقْبِضْ وَرَجَعَ فَهَذَا رُجُوعٌ فِي التَّدْبِيرِ هَذَا نَصُّ قَوْلِهِ (قال المزني) قُلْتُ أَنَا فَقَدْ أَبْطَلَ تَدْبِيرَهُ بِغَيْرِ إِخْرَاجٍ لَهُ مِنْ مِلْكِهِ كَمَا لَوْ أَوْصَى بِرَقَبَتِهِ وَإِذَا رَهَنَهُ فَدْ أَوْجَبَ لِلْمُرْتَهِنِ حَقًّا فِيهِ فَهُوَ أَوْلَى بِرَقَبَتِهِ مِنْهُ وَلَيْسَ

لِسَيِّدِهِ بَيْعُهُ لِلْحَقِّ الَّذِي عَقَدَهُ فِيهِ فَكَيْفَ يُبْطِلُ التَّدْبِيرُ بِقَوْلِهِ إِنْ أَدَّى كَذَا فَهُوَ حُرٌّ أَوْ وَهَبَهُ وَلَمْ يَقْبِضْهُ المَوْهُوبُ لَهُ حَتَّى رَجَعَ فِي هِبَتِهِ وَمِلْكِهِ فِيهِ بِحَالِهِ وَلاَ حَقَّ فِيهِ لِغَيْرِهِ وَلاَ يُبْطِلُ تَدْبِيرَهُ بِأَنْ يُخْرِجَهُ مِنْ يَدِهِ إِلَى يَدِ مَنْ هُوَ أَحَقُّ بِرَقَبَتِهِ مِنْهُ وَبَيْعِهِ وَقَبْضِ ثَمَنِهِ فِي دَيْنِهِ وَمَنَعَ سَيِّدِهِ مِنْ بَيْعِهِ فَهَذَا أَقْيَسُ بِقَوْلِهِ وَقَدْ شَرَحْتُ لَكَ فِي كِتَابِ المُدْبِرِ فَتَفَهَّمْهُ».

قال الماوردي: وقد مضى الكلام في رهن المدبر. فأما رهن المعتق بصفة فعلى ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون لحلول الحق قبل وجود الصفة. وهو أن يقول إذا أهلَّ رمضان فأنت حر ويكون حلول الحق في شعبان. فهذا رهن جائز لسلامته إلى حلول الحق.

والقسم الثاني: أن يكون حلول الحق بعد وجود الصفة وهو أن يقول: إذا أهل شعبان فأنت حر، ويكون حلول الحق في رمضان فهذا رهن باطل لخروجه بالعتق قبل حلول الحق.

والقسم الثالث: أن يكون حلول الحق يجوز أن يكون قبل وجود الصفة ويجوز أن يكون بعد وجود الصفة وهو أن يقول: إن قدم زيد فأنت حر، فيجوز أن يقدم زيد قبل حلول الحق ويجوز أن يقدم بعد حلول الحق. ففي جواز رهنه قولان:

أحدهما: لا يجوز لتردده بين حالتين يصح الرهن في إحداهما ولا يصح في الأخرى فشابه بيع الغرر.

والقول الثاني: يجوز رهنه لأن الأصل سلامته وإن جاز عتقه، كما كان الأصل حياته وإن جاز موته. فلما لم يكن تجويز موته مانعاً من جواز رهنه لم يكن تجويز عتقه مانعاً من جواز رهنه.

فعلى هذا إذا صح رهنه ثم وجدت الصفة قبل حلول الحق كان كالمدبر إذا مات السيد قبل حلول الحق فيكون على ما مضى.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ رَهَنَهُ عَصِيراً حُلْواً كَانَ جَائِزاً فَإِنْ حَالَ إِلَى أَنْ يَصِيرَ خَلاً أَوْ مُرّاً أَوْ شَيْئاً لاَ يُسْكِرُ كَثِيرُهُ فَالرَّهْنُ بِحَالِهِ فَإِنْ حَالَ الْعَصِيرُ إِلَى أَنْ يُسْكِرَ فَالرَّهْنُ مَفْسُوخٌ لأَنَّهُ صَارَ حَرَاماً لاَ يَحِلُّ بَيْعُهُ كَمَا لَوْ رَهَنَهُ عَبْداً فَمَاتَ الْعَبْدُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

رهن العصير الحلو جائز لأن بيعه جائز فإذا ثبت أن رهنه جائز فلا يخلو حاله من أحد أمرين:

إمـا أن يبقى على حالـه عصيراً حلواً، أو ينقلب عن كـونه عصيـراً حلواً فإن بقي على حاله عصيراً بيع في الحق عند حلوله، وكان حكمه في الرهن كحكم غيره.

وإن انقلب عن كونه عصيراً حلواً فعلى ضربين:

أحدهما: ينقلب إلى مال فيصير خلًّا أو مزاً أو مزياً أو ما لا يسكر فهو رهن بحاله. لأن انقلاب الرهن من مال إلى مال لا يقدح في صحة الرهن كالعبد المرهـون إذا قتل وجب على القاتل قيمته وكانت رهناً مكانه ولا يبطل بالقتل لأنه انقلب الرهن من مال إلى مال.

كذلك العصير إذا انقلب خلًّا، فإن قيل: فكيف يصير العصير مزياً قيل: قد روي ذلك في بعض النسخ ولم يرو في أكثرها. والذي قاله الشافعي في الأم وإن صار مزاً وقد يصح أن يصير مزياً يكون ذلـك من أحد وجهين: إمـا أن يكون عصيـر الشعير فيصـح انقلابـه مزيـاً أو يكون عصير العنب فيطرح فيه دقيق الشعير فينقلب مزياً.

فصل: والثاني: أن ينقلب العصير خمراً فيبطل الرهن. لأن انقلاب الرهن إلى غير مال يوجب بطلان الرهن كالعبـد المرهـون إذا مات وجب بـطلان الرهن كـذلك ههنـا. ولأن حق الملك أوكد من حق الرهن فلما كان انقـلابه خمـراً يبطل الملك فـأولى أن يبطل الـرهن فإذا ثبت أن الرهن فيه قد بطل بانقلابه خمراً فمذهب الشافعي أن رهنه بطل في الحـال التي صار فيها خمراً، وقد كان العقد وقع عليه صحيحاً.

وقال أبو علي بن خيران: إن انقلابـه خمراً يـدل على أن العقد وقـع عليه بـاطلاً؛ لأن ظهوره في الزمان الثاني دليل على ابتدائه بالقدح في الزمان الأول.

وهذا الذي قاله غلط؛ لأن رهن العصير جائز وبعد انقـلابه خمـراً باطـل، كما أن رهن العبد جائز وبعد موته باطل ولا يوجب بطلانه الإذن بالموت بطلانه وقت عقده كذلك ههنا.

ولو كان ما قاله ابن خيران من أن ظهوره في الزمان الثاني دليل على ابتدائـه في الزمـان الأول في إبطال الرهن لوجب إذا بيع العصيـر فانقلب خمـراً في يد المشتـري أن يبطل البيـع ويوجب استرجاع الثمن وما أحد يقول بهذا فدل على فساده.

فصل: وفائدة هذا الخلاف شيئان:

أحدهما: أن الخمر إذا عاد بنفسـه فعلى قول الشـافعي يعود إلى الـرهن لصحة العقـد عليه. وعلى قول ابن خيران يعود إلى الرهن لفساد العقد عليه.

والثاني: أنه إن كان رهنه مشروطاً في بيع لم يبطل البيـع على قول الشـافعي ولم يكن

للمرتهن في فسخه خيار لصحة رهنه وقت العقد وحدوث فساده كموت العبد وعلى قول ابن خيران في بطلان البيع قولان:

أحدهما: باطل.

والثاني: جائز وله الخيار كما لو كان خمراً وقت العقد.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ**: رَحِمَهُ اللَّهُ «فَإِنْ صَارَ الْعَصِيرُ خَمْراً ثُمَّ صَارَ خَلاًّ مِنْ غَيْرِ صَنْعَةِ آدَمِيٍّ فَهُوَ رَهْنٌ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

إذا رهن عصيراً حلواً ثم صار العصير في يد المرتهن خمراً ثم انقلب الخمر في يده فصار خلاً من غير صنعة ولا علاج فقد حل ذلك وعاد إلى الرهن بالعقد السابق.

وحكي عن أبي حنيفة أنه لا يعود إلى الرهن إلا بعقد مستأنف وهذا قول أبي علي بن خيران استدلالاً بأن الرهن قد بطل باستحالته خمراً، فلم يعد إلى الرهن باستحالته خلاً لأن العقد إذا بطل لم يعد إلى الصحة فيما بعد اعتباراً بسائر العقود لا تصح بعد بطلانها ولأن رهن العصير بطل باستحالته خمراً كما يبطل رهن الشاة بالموت وتطهر الخمر باستحالتها خلاً كما يطهر جلد الميتة بالدباغ فلما كان جلد الشاة المرهونة إذا دبغ بعد الموت لا يعود إلى الرهن إلا باستئناف عقد لبطلانه من قبل.

ودليلنا هو أن بطلان الرهن إنما كان لبطلان الملك فوجب أن يعود إلى الرهن بعوده إلى الملك لأن وجود الملك سبب لصحة الرهن كما أن عدم الملك سبب لبطلان الرهن ولأن من ملك شيئاً ملكه بحقوقه كالورثة إذا ملكوا الرهن ملكوه بحقوقه مرهوناً كذلك إذا ملك الراهن الخمر باستحالته خلا وجب أن يملكه بحقوقه مرهوناً ولأن استحالة العصير خمراً توجب إتلافه بالإراقة كما أن ارتداد العبد المرهون يوجب إتلافه بالقتل.

فلما كان زوال ما به يوجب إتلاف المرتد موجباً لاستقرار الرهن وهو أن يعود فلما وجب أن يكون زوال ما به وجب أن يكون إتلاف الخمر موجباً لاستقرار الرهن وهو أن يستحيل خلاً ولأنه يعود إلى الملك إذا استحال خلاً بسبب سابق لا بسبب حادث.

ألا ترى لو أن رجلاً مات وترك خمراً فاستحال بعد موته خلاً لوجب أن تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه، فلو عاد إلى الملك بسبب حادث لاختص به الورثة ولم يلزمهم قضاء ديونه منه ولا إنفاذ وصاياه وإذا عاد إلى الملك بسبب سابق وجب أن يعود إلى الرهن لكونه رهناً في السابق.

فأما الجواب عن قولهم إن الرهن إذا بطل لم يصح بسبب يحدث فيما بعد كالبيع وغيره فهو أن يقال: لما جاز عوده إلى الملك بعد بطلانه وإن خالف سائر الأملاك جاز عوده إلى الرهن بعد بطلانه وإن خالف سائر العقود على أن بطلان الرهن لا يكون منبرماً باستحالته خمراً وإنما يكون مراعى، فإن صار خلاً بان أن الرهن لم يبطل، وإن لم يصر خلاً بان أنه قد كان بطل كما نقول في ارتداد الزوجة: إن النكاح مراعى. فإن لم تسلم قبل أنْ تقضي العدة بان أن النكاح قد كان باطلاً بالردة وإن أسلمت قبل أن تنقضي العدة بان أن النكاح لم يبطل بالردة.

وأما الجواب عن استدلالهم بجلد الشاة المرهونة إذا دبغ فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أن الجلد يعود إلى الرهن بالدباغة كما يعود الخمر إذا صار خلاً بالاستحالة فعلى هذا يسقط السؤال.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه لا يعود إلى الرهن بالدباغة وإن عاد العصير بالاستحالة.

فعلى هذا الفرق بينهما: أن الجلد لما لم يعد إلى الملك إلا بفعل حادث لم يعد إلى الرهن إلا بعقد حادث ولما عاد الخمر إلى الملك إذا استحال خلاً بغير فعل حادث عاد إلى الرهن بغير عقد حادث.

فصل: إذا أخذ رجل خمراً لغيره بغصب أو غيره فاستحال خلاً في يده كان ملكاً للأول دون من استحال في يده لأن الخمر غير مقر في يده إذ لا يجوز أن تقر اليد على الخمر فصار استحالتها في يده كاستحالتها خلاً في غير يده وإذا استحال خلاً في غير يده كان المالك الأول أولى به كذلك وإن استحال في يده.

فصل: إذا أخذ رجل جلد ميتة بغصب أو غيره فدبغه ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أن يكون ملكاً لربه الأول دون الدابغ كالخمر إذا استحالت خلاً.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه يكون ملكاً للدابغ ولا يكون ملكاً لربه الأول بخلاف الخمر لأنه لا يملك إلا بإحداث فعل، فوجب أن يكون ملكاً لمن وجد منه الفعل وليس كذلك استحالة الخمر لأنه ملك بغير إحداث فعل. وعلى هذين الوجهين يبني عود للجلد المدبوغ إلى الرهن.

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : «فَإِنْ صَارَ خَلاً بِصَنْعَةِ آدَمِيٍّ فَلاَ يَكُونُ ذَلِكَ حَلاَلاً».

قال الماوردي : وهذا كما قال.

لا يحل تخليل الخمر، فإن خللها بخل أو ملح ألقاه فيها فهي نجسة لا يحل شربها لكن لا يفسق مستحلها، ولا يحد شاربها.

وقال أبو حنيفة تخليل الخمر جائز وهي بالتخليل طاهرة وشربها مباح استدلالاً بقوله ﷺ نِعْمَ الإِدامُ الخَلُّ[١] ولم يفرق بما روت أم سلمة أن رسول الله ﷺ قال: يُحِلُّ الدِّبَاغُ الجِلْدِ كَمَا يُحِلُّ الخَلُّ الخَمْرَ[٢]. وهذا نص في تحليلها وإباحة تخليلها ولأنها عين نجست لعارض فجاز أن تطهر بفعل الآدمي. أصله: جلد الميتة حيث يطهر بالدباغ، والثوب النجس حيث يطهر بالغسل. ولأن ما جاز أن يطهر بغير فعل آدمي جاز أن يطهر بفعل الآدمي كالبيض المحضون إذا نجس بأن صار دماً وعلقة لما جاز أن يطهر فيصير فرخاً بغير فعل آدمي إما بنفسه أو بخاصية جاز أن يطهر بفعل الآدمي كذلك الخمر لما جاز أن تطهر باستحالتها خلاً من غير فعل آدمي جاز أن تطهر إذا خللت بفعل الآدمي.

قالوا: ولأن الحكم إذا ثبت لعلة زال بزوالها فلما كان تنجيسها وتحريمها عندكم بحدوث الشدة فيها وعندنا لانطلاق اسم الخمر عليها وكان تخليلها يزيل الشدة منها وبنقل اسم الخمر عنها وجب أن يزيل تنجيسها وتحريمها.

قالوا: ولأن من حكمها مع تنجيسها وتحريمها تفسيق متناولها ووجوب الحد على شاربها، فلما كان تخليلها مانعاً من تفسيق متناولها، ومسقطاً لوجوب الحد على شاربها وجب أن يكون رافعاً لتنجيسها وتحريمها.

وتحرير ذلك قياساً: أنه أحد حكمي الخمر، فوجب أن يرتفع بالتخليل كالحد.

قالوا: ولأن التخليل على ضربين:

تخليل بطرح شيء فيها وتخليل بنقلها وتحويلها فلما كان تخليلها بنقلها من الظل إلى الشمس وتعريضها للحر والريح رافعاً لتنجيسها وتحريمها موجباً لتطهيرها وتحليلها وجب أن يكون تخليلها بطرح شيء فيها رافعاً لتنجيسها وتحريمها موجباً لتطهيرها وتحليلها.

---

(١) تقدم.
(٢) أخرجه الدارقطني ٤/٢٦٦.

وتحرير ذلك أنه أحد نوعي التخليل، فوجب أن يقع به التطهير والتخليل كالنقل والتحويل.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه ما رَوَى أَنَسُ بنُ مَالِكٍ (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) أَنَّ أَبَا طَلْحَةَ الأَنْصَارِي قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ عِنْدِي خمراً لأَيْتَامٍ فَقَالَ ﷺ: أَهْرِقْهَا. قَالَ: أَفَلاَ أَجْعَلُهَا خَلاًّ؟ قَالَ: لاَ[1]. قَالَ أَنَسٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: فَعَمدتُ إلى مهراسٍ عِنْدَنَا فَكَسَرْتُهَا فَأَرَقْتُهَا.
ومن هذا الخبر دليلان:

أحدهما: أنه منعه من تخليلها، ولو كان تخليلها سبباً لطهارتها وإباحتها لأمر به ولم يمنع منه، كما أن الدباغة لما كانت سبباً لطهارة الجلد أمر به في شاة ميمونة حيث رآها ميتة ولم يمنع منه.

والثاني: أنه أمر بإراقتها مع علمه أنها مال يتيم وأموال اليتامى تجب حراستها. فلو كان التخليل سبباً لطهارتها وإباحتها لأمر به في مال اليتيم ولم يأمر بإراقتها.

وروي في حديث آخر: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ تَخْلِيلِ الخَمْرِ والنهي يقتضي تحريم المنهي عنه وفساده.

ولأنه إجماع الصحابة وهو ما روي عن عمر رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ: لاَ تَنْتَفِعُوا بِخَمْرٍ أَفْسَدْتُمُوهَا حَتَّى يَقْلِبَ اللَّهُ عَيْنَهَا.

وَرُوِيَ عَنِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: لاَ تَشْتَرُوا الخَلَّ مِنَ الْخَمَّارِ مَخَافَةَ أَنْ يَكُونَ قَدْ خَلَّلَهَا.

فهذا قول صحابيين وليس لهما في الصحابة مخالف.

ويدل على ذلك من ناحية المعنى: أنه مائع نجس لا يطهر بالمكاثرة فوجب ألا يطهر بالعلاج والصنعة. . أصله: ما سوى الخمر من المائعات النجسة.

ولأن ما استبيح من الأموال بغير فعل لم يستبح بالمحظور من الفعل، كالميراث وغيره لما كان يستباح بالموت من غير فعل الوارث لم يستبح بقتل الوارث كذلك الخمر لما أستبيحت باستحالتها خلاً من غير فعل محظور لم تستبح بانقلابها خلاً بفعل محظور.

ولأن تحريم الخمر وتنجيسها لحدوث الشدة المطرية فيها والشدة قد تزول تارة بالإلقاء

---

(١) أخرجه مسلم ١٥٧٢/٣ كتاب الأشربة (٩ - ١٩٨٠).

العسل فيها فتحلو، وتارة بإلقاء الخل فيها فتحمض فلما كان زوال الشدة إذا حلت بإلقاء العسل فيها لا يوجب إباحتها وتطهيرها وجب أن يكون زوال الشدة إذا حمضت بإلقاء الخل فيها لا يوجب إباحتها وتطهيرها وتحرير ذلك قياساً:

أنه أحد نوعي فعل تزول به الشدة فوجب ألا تقع به الإباحة كزوالها بالحلاوة.

وكان الإسفراييني يعتمد في هذه المسألة على أن الخل إذا ألقي في الخمر فقد نجس بملاقاة الخمر فلا يطهر بانقلابها خلاً لنجاسة ما ألقي فيها من الخل كما لو كان الخل نجساً من قبل ويزعم أن هذا فقه المسألة وأقوى دلائلها وهذا ليس بصحيح لأنه لا دليل في المسألة أو رهن منه لظهور فساده بكل ما تقع الطهارة به لأن الماء وهو أقوى الأشياء في التطهير ينجس بملاقاة النجاسة إذا ورد عليها ولا يمنع من إزالتها وطهارة محلها. والأحجار تنجس في الاستنجاء بملاقاة النجاسة في محلها ولا تمنع إزالة حكمها.

والشث والقرظ في الدباغ ينجس بملاقاة جلد الميتة ولا يمنع من تطهيره ولو كان هذا كله نجساً قبل الملاقاة لم تقع به الطهارة فما المانع أن يكون حكم الخل كذلك.

فأما الجواب عن قوله عليه السلام «نِعْمَ الإِدَامُ الخَلُّ» فمن وجهين:

أحدهما: أن قوله «نِعْمَ» لفظ تفضيل وتشريف، وما كان مختلفاً في إباحته لا يستحق التفضيل والتشريف وتخليل الخمر مختلف فيه فلم يجز أن يكون داخلاً في عموم لفظ ينافيه.

والجواب الثاني: أن قوله قصد به إباحة الجنس والجنس مباح فلم يجز إذا اختلف في تنجيس البعض لمعنى أن يجعل دليلاً فيه كما لا يجعل دليلاً في طهارة ما طرأت عليه النجاسة.

وأما الجواب عن قوله: يُحِلُّ الدِّبَاغُ الْجِلْدَ كَمَا يُحِلُّ الخَلُّ الْخَمْرَ مع ضعفه فإنه محتمل لأمرين:

أحدهما: أنه أراد الخل الذي قد استحالت إليه.

والثاني: أنه أراد خلاً ألقي فيها... فكان حمله على الأول أولى من حمله على هذا لأن بإلقاء الخل فيها لا تطهر إجماعاً حتى تستحيل مع ذلك خلاً وهذه زيادة في الطهارة فكان الأول أولى.

وأما قياسهم على الدباغ في جلد الميتة فباطل بلحم الميتة لأنه لا سبيل إلى طهارته وإن كانت نجاسته لعارض. ثم المعنى في دباغ جلد الميتة أنه يستباح بفعل غير محظور فجاز أن يطهر به ولما كان التخليل محظوراً لم يجز أن يطهر به.

وأما استدلالهم بالبيض إذا صار دماً وعلقة فقد اختلف أصحابنا في البيض إذا صار كذلك هل هو نجس أم لا على وجهين بناء على اختلافهم في علقة الآدمي.

أحدهما: أنه طاهر. فعلى هذا يسقط الدليل به.

والوجه الثاني: أنه نجس. فعلى هذا الفرق بين البيض وبين الخمر من وجهين:

أحدهما: أن الفعل في البيض غير محظور فجاز أن يطهر به وفي الخمر محظور فلم يجز أن يطهر به.

والثاني: أن ما هو نجس من البيض لم يحدث فيه فعل وإنما كان في غيره فجاز أن يطهر به كما يطهر الخمر بالاستحالة وليس كذلك الخمر النجس لأن فعل التخليل حادث فيه فلم يجز أن يطهر به.

وأما قولهم: إن العلة إذا زالت وجب زوال حكمها فالجواب: أن نجاسة الخمر قد زالت وإنما بقي نجاسة الخل.

وأما قياسهم على سقوط الحد وزوال التفسيق فيقال بموجبه لأن نجاسة الخمر قد زالت وإنما بقيت نجاسة أخرى وهي نجاسة الخل.

وأما قياسهم على تحليلها بالنقل والتحويل من الظل إلى الشمس أو بتعريضها للهواء والريح. أو بكشف رؤوسها حتى أطارت الريح الملح فيها فهل تكون طاهرة كما لو استحالت أو تكون نجسة كما لو خللت؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أنها نجسة كما لو خللت لأن تحويلها وكشف رأسها سبب لإتلافها ومانع من استحالتها بذاتها وخالف الإمساك لأن إمساكها يقصد به تعتيقها واستصلاحها ويقصد بكشفها استهلاكها وإتلافها ألا ترى إلى قول الشاعر:

فهي لليوم الذي نزلت ... وهي ترب الدهر في القدم

فعلى هذا: سقط الاستدلال.

والوجه الثاني: أنها طاهرة كما لو استحالت بخلاف التخليل لأن التخليل إحداث فعل فيها فلم تطهر به وليس كشف رؤوسها وتحويلها إحداث فعل فيها فجاز أن تطهر به.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ رَهَنْتُكَهُ عَصِيراً ثُمَّ صَارَ فِي يَدَيْكَ خَمْراً وَقَالَ المُرْتَهِنُ رَهَنْتَنِيهِ خَمْراً فَفِيهَا قَوْلاَنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الرَّاهِنِ لأَنَّهُ يُحْدِثُ كَمَا يُحْدَثُ الْعَيْبُ فِي الْبَيْعِ وَمَنْ قَالَ هَذَا أَرَاقَ الْخَمْرَ وَلاَ رَهْنَ لهُ وَالْبَيْعُ لاَزِمٌ وَالثَّانِي أَنَّ الْقَوْلَ

قَوْلُ المُرْتَهَنْ لأَنَّـهُ لَمْ يُقِرَّ أَنَّـهُ قَبَضَ منه شيئاً يحل لـه ارتهانـه بحال وليس كـالعيب في العبد الذي يحل ملكه والعيب به والمرتهن بالخيـار في فسخ البيـع (قُلْتُ) أَنَا هَذَا عِنْدِي أَقْيَسُ لأَنَّ الرَّاهِنَ مُدَّعٍ».

قال الماوردي: وصورة هذه المسـألة في رجـل ارتهن عصيراً حلواً شـرطه في مـوضع عقد البيع ثم وجد العصير خمراً فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تصير خمراً في يد المرتهن فقد بطل فيه الرهن ولا خيار له في البيع.

والقسم الثاني: أن تصير خمراً في يد الراهن بعد العقد وقبل القبض ويقبضـه المرتهن وهو لا يعلم به ثم يعلم فقد بطل بـه الرهن ووجب لـه الخيار في البيـع بين أن يقيم عليه بـلا رهن وبين أن يفسخ لأن ما شرطه من الرهن لم يسلم له بالقبض.

والقسم الثالث: أن يكون العصيـر قد صـار خمراً قبـل العقد ولم يعلمـا به إلا في يـد المرتهن بعد القبض فهذا رهن باطل وفي بطلان البيع المشروط فيه قولان:

أحدهما: باطل لبطلان ما اقترن به من ارتهان الخمر.

والقول الثاني: جائز لاستقلال البيع بحكمه، وجواز تفرده عن غيره، فعلى هـذا يكون البائع المرتهن بالخيار بين إمضاء البيع بلا رهن وبين فسخه فهذا حكمه إذا لم يختلفا.

فصل: فأما إذا اختلفا وهي مسألة الكتاب فقال البائع المرتهن: كان خمراً في يدك أيها الراهن فقبضته وأنا لا أعلم به على الخيـار في فسخ البيـع، وقال المشتـري الراهن: قبضتـه مني عصيراً حلواً فصار في يدك خمراً فلا خيار لك في البيع.

فإن كان لأحدهما بينة أو كان الحال يشهد بصحـة دعواه حكم لـه راهناً كـان أو مرتهنـاً وإن لم يكن لأحدهما بينة ولا في الحال بيان ففيه قولان منصوصان:

أحدهما: أن القول قول الراهن المشتري لأن كـون العصر خمـراً مثل كـونه معيبـاً في استحقـاق الفسخ. ثم ثبت أن المـرتهن لو ادعى تقـدم عيب في الرهن وأنكـره الـراهن كـان القول قول الراهن فكذلك إذا ادعى المرتهن تقدم كونه خمراً وأنكـره الراهن يجب أن يكـون القول قول الراهن.

والقول الثاني: وهو أصح: أن القول قول المرتهن البائع لأن كون المصير خمراً يمنـع صحـة القبض وقول المـرتهن: أقبضتنيه خمـراً إنكار لصحـة القبض وقول الـراهن أقبضتكـه عصيراً ادعاء بصحة القبض، ولو ادعى الـراهن على المرتهن صحـة القبض وأنكره المـرتهن

كان القول قول المرتهن. كذلك إذا ادعى الراهن على المرتهن أنه صار خمراً بعد القبض وأنكره المرتهن وكان القول قول المرتهن وكان هذا مخالفاً لاختلافهما في العيب لأنهما في العيب قد اتفقا على صحة القبض.

فصل: فإذا ثبت توجيه القولين فقد اختلف أصحابنا في موضع القولين من اختلافهما: فقال أبو إسحاق المروزي: القولان في اختلافهما في كونه عصيراً وقت العقد وبعده. فلا فرق بين أن يدعي المرتهن أنه كان خمراً وقت العقد وبين أن يدعي أنه صار خمراً بعد العقد وقبل القبض في أنهما جميعاً على قولين.

وقال أبو علي بن أبي هريرة القولان في اختلافهما بعد العقد وقبل القبض. فأما إذا اختلفا في كونه عصيراً وقت العقد، فقال المرتهن: رهنتنيه وكان خمراً وقت العقد كان القول قول المرتهن لأنه ينكر أصل العقد وعلى قول أبي إسحاق وأكثر أصحابنا البصريين.

فصل: فإذا قلنا إن القول قول الراهن مع يمينه، فإن حلف ثبت ما ادعاه ولا خيار للمرتهن في البيع وإن نكل ردت اليمين على المرتهن فإن حلف بعد نكول الراهن ثبت له ما ادعى فإن كان قد ادعى أنه صار خمراً بعد العقد وقبل القبض وأنه قد كان عصيراً وقت العقد فالبيع جائز وهو بالخيار في فسخ البيع وإمضائه.

وإن كان قد ادعى أنه كان خمراً وقت العقد ففي البيع إذا حلف قولان:

أحدهما: باطل.

والثاني: جائز وله الخيار بين فسخ البيع وإمضائه فإن نكل المرتهن أيضاً بعد نكول الراهن فلا خيار له في البيع.

فصل: وإذا قلنا إن القول قول المرتهن مع يمينه فإن حلف ثبت له ما ادعى فإن كان قد ادعى أنه كان عصيراً وقت العقد وإنما صار خمراً بعد العقد وقبل القبض كان البيع جائزاً وله الخيار في فسخ البيع وإمضائه. وإن كان قد ادعى أنه كان خمراً وقت العقد ففي البيع قولان:

أحدهما: باطل.

والثاني: جائز. وله الخيار بين فسخه وإمضائه.

وإن نكل المرتهن ردت اليمين على الراهن. فإن حلف الراهن بعد نكول المرتهن فلا خيار للمرتهن. وإن نكل الراهن أيضاً، فهل يحكم بقول المرتهن أم لا على وجهين:

أحدهما: يحكم للمرتهن بقوله؛ لأن الراهن قد أسقط حقه بنكوله وقول المرتهن يستند

إلى صورة الرهن وصفته. ولأن نكول المرتهن بعد الراهن يوجب الحكم بقول الراهن في إسقاط الخيار. كذلك نكول الراهن بعد المرتهن يوجب الحكم بقول المرتهن في إثبات الخيار فعلى هذا يكون الحكم فيه على ما مضى لو حلف.

والوجه الثاني: لا يحكم للمرتهن بقوله؛ لأن فيه استئناف حكم بمجرد الدعوى ولا يجوز أن يُسْتأنَفَ حكم بمجرد الدعوى وليس كذلك نكول المرتهن بعد الراهن، لأن فيه استدامة حكم في إسقاط الخيار وليس فيه استئناف حكم في إثبات الخيار.

فصل: وإذا صار العصير خمراً في يد المرتهن فلم يرقه حتى صار خلاً في يد المرتهن ثم اختلفا فقال الراهن: صارت خلاً بنفسها، وقال المرتهن: صارت خلاً بالتخليل، فقد بطل الرهن بدعوى المرتهن؛ لأنه يقر أنه قد خرج من الرهن خروجاً لا يجوز عوده إليه فكان قوله مقبولاً فيصير القول قول الراهن أنها استحالت خلاً بنفسها وله بيعها والتفرد بثمنها.

ولو قال المرتهن: استحالت خلاً بنفسها وقال الراهن: صارت خلاً بالتخليل ففيها وجهان:

أحدهما: أن القول قول المرتهن أنها استحالت بنفسها وتكون رهناً.

والوجه الثاني: أن القول قول الراهن أنها صارت خلاً بالتخليل ويبطل الرهن وتحرم على الراهن.

وهذان القولان مخرجان من اختلاف قوليه في إقرار الراهن بجناية العبد المرهون وإنكار المرتهن.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ بَأْسَ أَنْ يَرْهَنَ الْجَارِيَةَ وَلَهَا وَلَدٌ صَغِيرٌ لأَنَّ هَذَا لَيْسَ بِتَفْرِقَةٍ».

قال الماوردي: قد مضى في كتاب البيوع أن الجارية إذا كانت ذات ولد لا يجوز أن تباع دون ولدها ولا يباع ولدها دونها. فأما في الرهن فيجوز أن ترهن الجارية دون ولدها والولد دونها لأمرين:

أحدهما: أن الرهن لا ينقل الملك ولا يمنع من حضانة الولد وإرضاعه وليس كذلك البيع فلذلك جاز أن ترهن دون ولدها ولم يجز أن تباع دون ولدها.

والثاني: أن عقد الرهن عليها يجري مجرى إجارتها بل هو أقرب لأن عقد الإجارة يوجب حبس الرقبة وملك المنافع وعقد الرهن يوجب حبس الرقبة ولا يوجب ملك المنافع فلما جازت إجارتها دون ولدها جاز رهنها دون ولدها.

فصل: فإذا ثبت جواز رهنها دون ولدها فحل الحق وهي رهن فإن أمكن الراهن قضاء الحق من ماله لم تبع عليه وإن تعذر عليه قضاؤه بيعت في الرهن حينئذ فهل يجوز بيعها دون ولدها أم لا على وجهين حكاهما ابن أبي هريرة:

أحدهما: يجوز بيعها دون ولدها للضرورة المؤدية إلى ذلك كما تباع لو كان ولدها حراً.

والوجه الثاني: وهو أصح أنها تباع مع ولدها ولا يجوز أن يفرق بينها وبينه لأنه لما رهنها دون ولدها كان الرهن مفضياً إلى بيعها وقد منع الشرع من التفرقة بينه وبينها صار العقد موجباً لبيعه معها.

فعلى هذا إذا بيعا معاً قسم الثمن على قيمتها وقيمة الولد فما قابلها من الثمن دفع إلى المرتهن وما قابل الولد دفع إلى الراهن.

واعتبار ذلك أن يقال: كم قيمة الجارية وحدها إذا بيعت مع الولد فإذا قيل: ألف درهم قيل: وكم قيمة الولد وحده إذا بيع مع أمه، فإذا قيل: خمسمائة درهم قسمت الثمن أثلاثاً فدفع إلى المرتهن الثلثين، ودفع إلى الراهن الثلث.

فإن قيل: فلم قسمتم الثمن على قيمتها وحدها إذا بيعت مع الولد وقد يلحقه من ذلك نقص وهلا قسمتموها على الثمن على قيمتها وحدها أن لو بيعت مفردة بلا ولد كما لو رهنه أرضاً بيضاء فحدث فيها شجر فبيعت الأرض مع الشجر قسم الثمن على قيمة الأرض أن لو بيعت بغير شجر؟

قيل: هما سواء في الحكم لأن الشجر حادث بعد الرهن فكان الثمن مقسوماً على قيمة الأرض أن لو بيعت بيضاء وكذا لو حدث الولد بعد الرهن كان الثمن مقسطاً على قيمة الأم أن لو بيعت بغير الولد.

وإذا كان الولد متقدماً على الرهن كان الثمن مقسوماً على قيمة الأم أن لو بيعت مع الولد.

وكذلك لو كان الشجر متقدماً قبل الرهن كان الثمن مقسوماً على قيمة الأرض أن لو بيعت مع الشجر.

فإن قيل: أفتجعلون للمرتهن الخيار إذا علم بولد الجارية المرهونة قيل: إن علم به قبل الرهن فلا خيار له وإن علم به بعد الرهن فعلى الوجه الذي يقول إنها تباع دون ولدها لا خيار له. وعلى الوجه الذي يقول إنها تباع مع ولدها في خياره وجهان:

أحدهما: له الخيار لما يلحقه من النقص في قيمتها إذا بيعت مع الولد.

والوجه الثاني: لا خيار له لأن بيعها مع الولد لا يوجب النقص يقيناً وقطعاً بل قد يجوز أن يجد في قيمتها زيادة وتوفير.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوِ ارْتَهَنَ نَخْلاً مُثْمِراً فَالثَّمْرُ خَارِجٌ مِنَ الرَّهْنِ طَلْعاً كَانَ أَوْ بُسْراً إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ مَعَ النَّخْلِ لأَنَّهُ عَيْنٌ تُرَى».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

إذا رهنه نخلاً مثمراً لم يخل حالها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يشترط دخول الثمرة في الرهن فيصح الرهن فيهما معاً ويكونان رهنين.

والقسم الثاني: أن يشترط خروجها من الرهن فيصح الرهن في النخل وتكون الثمرة خارجة من الرهن.

والقسم الثالث: أن يطلق الرهن فلا يشترط دخول الثمرة في الرهن ولا خروجها منه فلا تخلو الثمرة من أحد أمرين:

إما أن تكون مؤبرة أو غير مؤبرة. فإن كانت مؤبرة فهي خارجة من الرهن لأنه لما لم تكن الثمرة المؤبرة تابعة لعقد البيع مع قوته فأولى ألا تكون تابعة لعقد الرهن مع ضعفه.

وإن كانت غير مؤبرة فالمذهب أنها خارجة من الرهن أيضاً وإن كانت داخلة في البيع.. والفرق بين الرهن والبيع من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن البيع يزيل الملك فدخلت الثمرة لأنها تابعة للملك وليس كذلك الرهن لأنه لا يزيل الملك.

والثاني: أنه لما كانت الثمرة الحادثة تابعة للمبيع كانت المتقدمة كذلك ولما كانت الثمرة الحادثة غير داخلة في الرهن فأولى أن تكون المتقدمة كذلك.

والثالث: أن في الرهن حقين: حق الملك للراهن وحق الوثيقة للمرتهن والثمرة من حقوق الملك دون الوثيقة، فلذلك خرجت من الرهن تبعاً للملك ولم تدخل فيه تبعاً للوثيقة. فهذا هو المنصوص عليه في القديم والجديد.

وفيها تخريج اختلف أصحابنا فيه من مسائل نذكرها وهي قيمة رهن شاة ذات صوف هل يكون الصوف الذي على ظهرها داخلاً في الرهن أم لا؟ على قولين

أو رهن شاة حاملاً، هل يكون الحمل إذا وضعته رهناً معها أم لا؟ على قولين. أو رهن شاة في ضرعها لبن هل يكون اللبن إذا حلب منها رهناً معها أم لا؟ على قولين. ففي هذه المسائل الثلاث قولان:

أحدهما: وهو قوله في الجديد إن الحمل والصوف واللبن غير داخل في الرهن كالثمرة.

والثاني: وهو قوله في القديم. أنه داخل في الرهن. فعلى هذا اختلف أصحابنا في هذا القول هل يصح تخريجه في الثمرة غير المؤبرة حتى تكون داخلة في الرهن أم لا؟ فكان أبو علي بن خيران يخرج فيها قولاً ثانياً من هذه المسائل أنها داخلة في الرهن فيخرج الثمرة غير المؤبرة على قولين:

أحدهما: أنها خارجة من الرهن.

والثاني: أنها داخلة فيه كالصوف والحمل واللبن وبه قال طائفة من البغداديين وكان أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة يمنعان من تخريج الثمرة على قولين كالصوف والحمل واللبن وبه قال كافة البصريين. وتعليل الشافعي في الثمرة دليل على الفرق بينهما لأنه علل للثمرة في خروجها من الرهن بأن قال:

لأنها عين ترى وليس كذلك الحمل واللبن. فأما الصوف وإن كان مرئياً فهو من جملة الشاة وأبعاضها فجرى مجرى سائر أعضائها في دخوله في الرهن، وليس كذلك الثمرة لأنها ليست من جملة النخلة، ولا بعضاً منها فلم تكن داخلة في الرهن معها كالمؤبرة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَا هَلَكَ فِي يَدَي الْمُرْتَهَنِ مِنْ رَهْنٍ صَحِيحٍ وَفَاسِدٍ فَلاَ ضَمَانَ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

صحيح الرهن وفاسده عندنا غير مضمون وأوجب أبو حنيفة ضمان صحيحه دون فاسده وهذا مخالف للأصول لأنها موضوعة على أن فاسد كل عقد في حكم صحيحه في وجوب ضمانه أو في سقوطه. ألا ترى أن البيع الفاسد كالصحيح في وجوب الضمان والشرك والمضاربات الفاسدة كالصحيحة في سقوط الضمان فكذلك الرهن.

وتحريره: أنه عقد فاسد غير مضمون فوجب أن يكون صحيحه غير مضمون كالودائع والمضاربات وسيأتي الكلام معه في سقوط ضمانه في باب يستوفى فيه إن شاء الله.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا رَهَنَهُ مَا يَفْسَدُ مِنْ يَوْمِهِ أَوْ غَدِهِ أَوْ مُدَّةٍ قَصِيرَةٍ لَا يَنْتَفِعُ بِهِ يَابِساً مِثْلُ الْبَقْلِ وَالْبَطِّيخِ فَإِنْ كَانَ الْحَقُّ حَالاً فَجَائِزٌ وَيُبَاعُ وَإِنْ كَانَ إِلَى أَجَلٍ يَفْسَدُ إِلَيْهِ كَرِهْتُهُ وَمَنَعَنِي مِنْ فَسْخِهِ أَنَّ لِلرَّاهِنِ بَيْعَهُ قَبْلَ مَحَلِّ الْحَقِّ عَلَى أَنْ يُعْطَى صَاحِبُ الْحَقِّ حَقَّهُ بِلَا شَرْطٍ فَإِنْ شَرَطَ أَنْ لَا يُبَاعَ إِلَى أَنْ يَحِلَّ الْحَقُّ فَالرَّهْنُ مَفْسُوخٌ».

قال الماوردي: وجملة الرهن أنه على ضربين:

ضرب يبقى ولا يفسد غالباً كالثياب والعروض والحيوانات، فرهن هذه جائز في الحال والمؤجل. فإن حدث بها ما يؤدي إلى فسادها مثل عث يأكل الثوب، أو كسر يصيب الحيوان لم يقدح ذلك في صحة الرهن، ولكن هل يجبر الراهن على بيعه قبل ضماده ليكون ثمنه رهناً مكانه أو قصاصاً من الحق أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا يجبر على بيعه لأن حق المرتهن في حبسه دون بيعه.

والقول الثاني: يجبر على بيعه لما في البيع من استيفاء الوثيقة كما يجبر على المعلوفة والنفقة.

فصل: والضرب الثاني: ما يفسد ولا يبقى كالأطعمة والفواكه فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون استصلاحه للتبقية ممكناً كالرطب الذي إن جفف صار تمراً، والعنب الذي إن جفف صار زبيباً، فرهن هذا جائز في الحال والمؤجل، لإمكان تبقيته بالتجفيف.

فإن امتنع الراهن من تجفيفه أجبر عليه لما فيه من حفظ ملك الراهن.

والضرب الثاني: أن يكون استصلاحه مع التبقية غير ممكن كالبطيخ والخيار وسائر الطبائخ كالهريسة وغيرها فإن كان الحق حالاً كان رهنه منه جائزاً لوجوب بيعه قبل فساده. وإن كان الحق مؤجلاً فالأجل على ضربين:

أحدهما: أن يكون حلوله قبل فساده فرهنه جائز.

والضرب الثاني: أن يكون حلوله بعد فساده فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يشترطا تبقية الرهن إلى وقت حلوله فهذا رهن باطل لعلمنا بتلفه قبل حلول الحق.

فصل: والضرب الثاني: أن يطلقا رهنه ولا يشترطا تبقيته ففي جواز رهنه قولان:

أحدهما: أن رهنه جائز لأمرين:

أحدهما: أن عرف الناس في رهن ما يفسد قبل حلول الحق ألا يمتنعوا من بيعه إذا خيف فساده قبل حلول الحق فجاز رهنه في المؤجل تغليباً لبيعه قبل فساده عرفاً كما جاز رهنه في المعجل تغليباً لبيعه قبل فساده حكماً وتحريره: أن كل ما جاز رهنه في المعجل جاز رهنه في المؤجل كالذي لا يفسد فيه.

والثاني: أن حدوث الفساد بما لا يفسد جار مجرى فساد ما يفسد لأنهما قد يقضيان إلى التلف. فلما كان لو رهن ما لا يفسد ثم طرأ عليه الفساد مثل كسر الحيوان لم يمنع من صحة الرهن، وجب أن يكون تقدم الفساد فيما يفسد غير مانع من جواز الرهن.

وتحريره: أنه فساد لا يمنع من جواز البيع فوجب ألا يمنع من جواز الرهن الحادث بعد العقد.

والقول الثاني: أن رهنه باطل لأمرين:

أحدهما: أن ما يوجبه العقد إذا كان مطلقاً بمنزلته لو شرط نطقاً فلما كان شرط تبقيته إلى حلول الحق مانعاً من جواز رهنه وجب أن يكون إطلاق عقده مانعاً من جواز رهنه.

والثاني: أن أحكام العقود محمولة على موجبات أصولها دون ما يتطوع به المتعاقدان فيها وحبس الرهن إلى حلول الحق واجب واتفاقهما على بيعه قبل حلول الحق لأجل فساده تطوع فلم يجز أن يحمل على تطوعهما ببيعه ليصح الرهن ووجب أن يحمل على وجوب إمساكه إلى حلول الحق ليفسد الرهن كمن باع عبداً آبقاً أن يحمل البيع على جواز وجوده ليصح العقد وحمل على تعذر وجوده وإن بطل البيع.

فصل: فإذا قلنا ببطلان رهنه كان في بطلان البيع المشروط فيه قولان:

وإذا قلنا بجواز رهنه لم يلزم الراهن بيعه عند فساده. والفرق بين هذا في ألا يجب بيعه عند فساده، وبين ما لا يفسد في وجوب بيعه في أحد القولين عند حدوث فساده:

إن البيع يمنع من الفساد فوجب بيع ما لم يكن فاسداً إذا حدث فيه الفساد ليكون الرهن باقياً في الانتهاء على حكمه في الابتداء وليس كذلك ما كان فاسداً وقت العقد لأنه في الانتهاء على ما كان عليه في الابتداء.

فإذا ثبت أنه لا يباع فلا خيار للمرتهن في فسخ البيع كالمشروط فيه إذا امتنع الراهن من بيع الرهن عند فساده لأن فساده قد كان معلوماً به.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ رَهَنَهُ أَرْضاً بِلَا نَخْلٍ فَأَخْرَجَتْ نَخْلاً فَالنَّخْلُ خَارِجٌ مِنَ الرَّهْنِ وَلَيْسَ عَلَيْهِ قَلْعُهَا لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى الْأَرْضِ مِنْهَا حَتَّى يَحِلَّ الْحَقُّ

فَـإِنْ بَلَغَتْ حَقَّ الْمُرْتَهِنُ لَمْ تُقْلَعْ وَإِنْ لَمْ تَبْلُغْ قُلِعَتْ وَإِنْ فُلِسَ بِـدُيُـونِ النَّـاسِ بِيعَتِ الأَرْضُ بِالنَّخْلِ ثُمَّ قُسِّمَ الثَّمَنُ عَلَى أَرْضٍ بَيْضَاء بِلاَ نَخْلٍ وَعَلَى مَا بَلَغَتْ بِالنَّخْلِ فَـأُعْطِي الْمُـرْتَهِنُ ثَمَنَ الأَرْضِ وَالْغُرَمَاءُ ثَمَنَ النَّخْلِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

إذا رهن أرضاً في حق محل الحق وفي الأرض نخل لم يدخل في الرهن فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام.

أحدها: أن يكون حادثاً بعد الرهن.

والثاني: أن يكون متقدماً قبل الرهن.

والثالث: أن يكون النوى الذي نبت فيه قبل الرهن وعلوقه وظهوره بعد الرهن.

فأما القسم الأول وهو أن يكون حادثاً بعد الرهن. فهو مسألة الكتاب.

وصورتها: أن يرهنه أرضاً بيضاء لا نخل فيها ثم يحدث فيها نخل إما بأن يغرسه الراهن أو ينغرس بنفسه من نوع يقع في الأرض فينبت فيها فالحكم فيهما سواء إلا أن الراهن يمنع من ابتداء الغرس فإن غرس لم يقلع في الحال قبل حلول الحق لأن إقرار الغرس في الأرض انتفاع بها ولا يجوز أن يمنع الراهن من الانتفاع بأرضه المرهونة ولا يكون النخل الحادث فيها داخلاً في الرهن معها لأن حدوث النخل نماء والنماء الحادث من الرهن لا يدخل في الرهن.

فإذا ثبت أنه لا يدخل في الرهن ولا يقلع قبل حلول الحق، نظر في ذلك عند حلول الحق. فإن قضى الراهن من ماله خرجت الأرض من الرهن وكان النخل مقراً فيها للراهن وإن امتنع الراهن من قضاء الحق من ماله نظر في بياض الأرض:

فإن كان في ثمنه وفاء الحق بيع بياض الأرض وقضي به الحق وكان النخل على حاله مقراً في الأرض لا يعرض لبيعه ولا لقلعه. وإن لم يكن في ثمن بياض الأرض وفاء للحق نظر في الراهن فإن أجاب إلى بيع النخل مع الأرض بعناهما معاً وكان للمرتهن من الثمن ما قابل قيمة الأرض بيضاء لا نخل فيها والراهن ما قابل النخل.

وإن امتنع من بيع النخل مع الأرض لم يخل حاله من أحد أمرين:

إما أن يكون موسراً يجوز تصرفه في ماله أو يكون مفلساً محجوراً عليه بحق غرمائه.

فإن كان موسراً يجوز تصرفه في ماله لم يجبر على بيع النخل مع الأرض لأن الإجبار

على بيع الأملاك لا يجوز إلا في رهن أو غريم مفلس ولم يتعلق بنخل الراهن أحد هذين فلم يجز أن يجبر على بيعها. وإذا لم يجبر على بيعها وجب أن يؤمر بقلعها لأن حق المرتهن متعلق بالأرض وهي بيضاء وفي ترك النخل فيها تفويت لمعنى حقه، فلذلك وجب أن يؤخذ بقلعها إلا أن تبذل للمرتهن تمام قيمة الأرض بيضاء لا نخل فيها فلا يؤخذ بقلعها ويباع بياض الأرض سوى النخل القائم فيها. وإن لم يبذل تمام القيمة أجبر على قلع النخل فإذا قلعها بيعت الأرض بيضاء لا نخل فيها ثم ينظر في الأرض فإن لم يكن لقلع النخل تأثير في الأرض في نقص قيمتها فلا شيء على الراهن وإن كان قلع النخل قد نقص من قيمتها لما أحدث من الحفر فيها وجب على الراهن أن يغرم أرش نقصها بالقلع إن كان هو الغارس للنخل لأنه حادث من فعله فوجب أن يؤخذ بأرشه كما لو جني على الراهن فإن كان النخل قد نبت بنفعه من غير أن يغرسه الراهن لم تلزمه غرامة الأرش كما لو حدث نقص بالرهن.

فصل: وإن كان الراهن مفلساً محجوراً عليه بحق غرمائه لم يجز أن تقلع النخل لتعلق حقوق الغرماء بالنخل كتعلق حق المرتهن بالأرض ووجب بيع الأرض مع النخل لتكون الأرض مبيعة من حق المرتهن والنخل مبيعة في حقوق الغرماء. فإذا بيعا معاً لم يخل حال الأرض في بيعها مع النخل من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون قيمتها لم تزد ولم تنقص.

والثاني: أن تكون قيمتها قد نقصت.

والثالث: أن تكون قيمتها قد زادت.

فإن كانت قيمة الأرض لم تزد ولم تنقص وذلك مثل أن تكون قيمتها بيضاء ألف درهم وقيمة النخل خمسمائة وقد بيعا معاً بألف وخمسمائة فيدفع إلى المرتهن ما قابل الأرض وذلك ألف وإلى الغرماء ما قابل النخل وذلك خمسمائة.

وإن كانت قيمة الأرض بيضاء قد نقصت بالنخل، وذلك مثل أن تكون قيمتها بيضاء ألف درهم وقيمة النخل خمسمائة وقد بيعا معاً بألف ومائتي درهم فيجبر للمرتهن نقص الأرض ويعطى تمام الألف ويدفع ما تبقى إلى الغرماء وذلك مائتا درهم، لأن المرتهن قد كان يستحق إزالة النقص بقلع النخل.

وإن كانت قيمة الأرض بيضاء قد زادت بالنخل وذلك مثل أن تكون قيمتها بيضاء ألف درهم وقيمة النخل خمسمائة وقد بيعا معاً بألفي درهم فتكون الزيادة في قيمتها خمسمائة درهم وهي حادثة من الأرض والنخل فتقسط عليهما جميعاً، فتكون حصة الأرض من الزيادة ثلثيها، وحصة النخل من الزيادة ثلثها فيدفع إلى المرتهن قيمة الأرض وهي ألف وحصتها من

الزيادة وهي ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون درهماً وثلث. ويدفع إلى الغرماء قيمة النخل وهي خمسمائة، وحصتها من الزيادة وهي مائة وستة وستون درهماً وثلثا درهم. فهذا حكم القسم الأول.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن يكون النخل مقدماً قبل الرهن.

فإذا حل الحق لم يجز أن تباع النخل مع الأرض جبراً، ولا أن يؤخذ الراهن بقلعها جبراً لتقدمها على الرهن.

فإن لم يكن الراهن مفلساً محجوراً عليه بحق غرمائه بيع بياض الأرض دون النخل ودفع إلى المرتهن سواء كان فيه وفاء لدينه أم لا. ويكون النخل مقراً في الأرض للراهن.

فإن اختار الراهن بيع النخل مع الأرض بيعاً معاً ودفع إلى المرتهن ما قابل قيمة الأرض وهي ذات نخل، ودفع إلى الراهن ما قابل النخل.

وإنما دفع إلى المرتهن ما قابل قيمة الأرض وهي ذات نخل لأن الأرض كانت حين ارتهنها ذات نخل ودفع إليه في القسم الأول ما قابل قيمة الأرض بيضاء لأنها كانت حين ارتهنها بيضاء فيكون الفرق بين هذا القسم والقسم الأول من وجهين:

أحدهما: أنه لا يجبر في هذا القسم على قلع النخل عند امتناعه من بيعها.

والثاني: أنه لا يؤخذ منه في هذا القسم ما نقص من قيمة بياض الأرض وفي القسم الأول يؤخذ.

فأما إن كان الراهن مفلساً وجب بيع النخل مع الأرض جبراً فتكون الأرض مبيعة في حق المرتهن والنخل مبيعة في حق الغرماء ثم ينظر فيما حصل من الثمن:

فإن كان بإزاء قيمة الأرض والنخل دفع إلى المرتهن ما قابل قيمة الأرض ذات نخل، وإلى الغرماء ما قابل قيمة النخل.

وإن كان الثمن أزيد من قيمتها كانت الزيادة على ما مضى مقسطة بينهما وإن كان الثمن أنقص من قيمتها كان النقصان مقسطاً عليهما بخلاف ما مضى لأن نقص الأرض هناك مجبور ونقص الأرض ههنا غير مجبور فهذا حكم القسم الثاني.

فصل: وأما القسم الثالث: فهو أن يكون ابتداء نباته قبل الرهن وظهوره بعد الرهن فالحكم فيه كالقسم الثاني إذا كان ظهوره قبل الرهن فلا يجبر الراهن على قلع النخل عند امتناعه من بيع الأرض مع النخل ويستحق المرتهن قيمة الأرض ذات نخل، لأن حدوث

النخل متقدم على الرهن. فيكون على ما مضى في القسم الثاني سواء إلا في شيء واحد وهو: أن المرتهن إذا كان غير عالم بحال النوى المزروع في الأرض قبل الرهن فله الخيار في إمضاء البيع وفسخه مع الرهن لأن ذلك عيب ومثله يخفى. وليس له في النخل إذا كان ظاهراً قبل الرهن خيار لأن مثله لا يخفى.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ رَهَنَهُ أَرْضاً وَنَخْلاً ثُمَّ اخْتَلَفَا فَقَالَ الرَّاهِنُ أَحْدَثْتُ فِيهَا نَخْلاً وَأَنْكَرَ الْمُرْتَهِنُ وَلَمْ تَكُنْ دَلَالَةٌ وَأَمْكَنَ مَا قَالَ الرَّاهِنُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ثُمَّ كَالْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

وصورتها في رجل رهن رجلاً أرضاً مع نخلها ثم اختلفا في شيء من النخل هل كان متقدماً فدخل في الرهن؟ أو حادثاً فلم يدخل في الرهن؟ فقال المرتهن: كان متقدماً فهو رهن. وقال الراهن: أحدثته بعد الرهن فليس برهن. فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعهد الحال بصدق الراهن في ذلك: مثل أن يكون النخل من غرس عشر سنين، ومدة الرهن عشرين سنة. فالقول قول الراهن لاستحالة دعوى المرتهن، ولا يمين على الراهن، وتكون النخل خارجة من الرهن ولا خيار للمرتهن.

والقسم الثاني: أن يشهد الحال بصدق المرتهن: وذلك أن تكون النخل من غرس عشرين سنة ومدة الرهن عشر سنين فالقول قول المرتهن لاستحالة دعوى الراهن ولا يمين عليه وتكون تلك النخل رهناً.

والقسم الثالث: ألا يكون في الحال شاهد ويمكن ما قاله كل واحد منهما: وذلك مثل أن تكون مدة الرهن عشرين سنة، ويجوز أن يكون النخل من غرس أقل من عشرين سنة، ويجوز أن يكون قد غرس لأكثر من عشرين سنة ولا بينة لواحد منهما فيما ادعاه مع إمكان دعواه.

فإذا كان كذلك فالقول قول الراهن مع يمينه لأنه مالك قد ادعى عليه في ملكه عقد وثيقة فكان القول قوله في إنكار رهن النخل كما كان القول قوله لو أنكر رهن الأرض.

فإذا حلف الراهن فالنخل خارجة من الرهن. فإن كان في دين فلا خيار للمرتهن وإن كان في بيع أحلف المرتهن بالله: لقد كان النخل داخلاً في الرهن. فإذا حلف فله الخيار في فسخ البيع، لأنه لا يعترف بالبيع إلا برهن لم يحصل له فكان له فسخه إذا حلف فيصير

الراهن حالفاً والمرتهن حالفاً إلا أن يمين الراهن على خروج النخل من الرهن ويمين المرتهن لفسخ البيع.

فلو حلف الراهن فخرجت النخل بيمينه من الرهن ونكل المرتهن لم يكن للمرتهن خيار في فسخ البيع.

ولو نكل الراهن عن اليمين ردت على المرتهن فإن حلف كانت النخل داخلة في الرهن على ما ادعى ولا خيار له في فسخ البيع وإن نكل المرتهن أيضاً فعلى وجهين:

أحدهما: أن النخل داخلة في الرهن على ما ادعى المرتهن لتصادقهما بأن الرهن قد كان على جميع النخل الذي كان في الأرض وهذا نخل في الأرض فلما لم يخرجه الراهن بيمينه دخل في الرهن.

والوجه الثاني: وهو الصحيح أن النخل خارج من الرهن على ما ادعى الراهن؛ لأن دعوى المرتهن قد سقط بنكوله فلم يجز أن يحكم بقوله. فعلى هذا تكون النخل خارجة من الرهن، ولا خيار للمرتهن في فسخ البيع لأنه ناكل.

فأما قول الشافعي كمسألتنا ثم كالمسألة قبلها: يعني في بيع الأرض دون النخل إلا أن يكون غرماء فيباعان معاً.

فصل: فأما إذا اتفقا على أن النخل في الأرض قبل عقد الرهن ثم اختلفا: هل رهنه الأرض مع النخل أو رهنه الأرض دون النخل؟ فالقول قول الراهن مع يمينه أيضاً على ما مضى. فإذا حلف خرجت النخل من الرهن وحلف المرتهن على ذلك ثم فسخ البيع فإن نكل الراهن ردت اليمين على المرتهن فإن حلف دخلت النخل في الرهن، وإن نكل المرتهن فالنخل خارجة من الرهن وجهاً واحداً لا يختلف فيه أصحابنا لأنه ليس سبب يغلب به دخول النخل في الرهن بخلاف ما مضى.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ شَرَطَ لِلْمُرْتَهِنِ إِذَا حَلَّ الْحَقُّ أَنْ يَبِيعَهُ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَبِيعَ لِنَفْسِهِ إِلَّا بِأَنْ يَحْضُرَهُ رَبُّ الرَّهْنِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

إذا اشترط الراهن للمرتهن أن يبيع الرهن عند حلول الحق بغير حضور الراهن لم يجز، وكان شرطاً باطلاً ووكالة فاسدة.

وقال أبو حنيفة: يجوز توكيل المرتهن في بيع الرهن استدلالاً بأن كل من جاز أن يكون وكيلاً في بيع غير الرهن جاز أن يكون وكيلاً في بيع الرهن كالأجنبي.

ولأن كل من جاز توكيله في بيع عين بحضرة المالك جاز توكيله في بيعها مع غيبة المالك. أصله: ما سوى الرهن.

ولأنها عين يجوز توكيل الأجنبي في بيعها فجاز توكيل المرتهن في بيعها. أصله: إذا باعه بحضرة الراهن.

ودليلنا: هو أن التوكيل في بيع يختلف فيه قصد الوكيل والموكل لا يصح لأن الوكيل يقوم مقام موكله، وإذا كان قصده بخلاف قصده لم يصح قيامه مقام موكله.

ألا ترى أنه لا يصح توكيل الرجل في بيع سلعة على نفسه ولا في ابتياعها من نفسه لأن قصده بخلاف قصد موكله. كذلك الراهن والمرتهن قصدهما مختلف لأن قصد الراهن التوقف عن البيع لتوفير الثمن وقصد المرتهن المبادرة إلى البيع لتعجيل الثمن فلم يصح أن يكون المرتهن وكيلاً في البيع كما لم يصح أن يكون بائع السلعة على نفسه وكيلاً في البيع.

وقد يتحرر من اعتدال هذا الاستدلال قياسان:

أحدهما: أنه معنى يمنع من التوكيل في الابتياع فوجب أن يمنع من التوكيل في البيع كالملك.

والثاني: أنها وكالة يمنع منها الملك فوجب أن يمنع منها الرهن كالابتياع.

وأما الجواب عن قياسه على الأجنبي فالمعنى في الأجنبي أن قصده لا يخالف قصد الراهن وليس كذلك المرتهن.

وأما الجواب عن قياسه على بيع ما سوى الرهن فالمعنى فيما سوى الرهن أنه ليس له فيه قصد يخالف قصد الراهن وليس كذلك الراهن.

وأما الجواب عن قياسه على بيعه بحضرة الراهن فالمعنى فيه أن المرتهن إذا باع الرهن بحضرة الراهن فالبيع منسوب إلى الراهن وقد يمكنه استيفاء قصده ومنع المرتهن من التفرد بقصده وليس كذلك إذا تفرد ببيعه في غيبته.

فصل: فإذا ثبت أن هذه الوكالة فاسدة واشتراطها باطل فلا يخلو حالها من أحد أمرين: إما أن تكون مشروطة بعد العقد أو تكون مشروطة بعد الرهن أو تكون مشروطة في عقد الرهن.

فإن كانت مشروطة بعد عقد الرهن، فالشرط فاسد والوكالة باطلة والرهن صحيح. وإن كانت مشروطة في عقد الرهن فهذا شرط ينافي موجب الرهن والشروط في الرهن إذا كانت منافية لموجب الرهن على ضربين:

ضرب منها يكون على المرتهن فهذا إذا شرط في الرهن أبطله وضرب منها يكون للمرتهن فهذا إذا شرط في الرهن فهل يبطله أم لا على قولين:

وشرط الوكالة للمرتهن لا عليه فهل يبطل الرهن أم لا، على قولين.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنِ امْتَنَعَ أَمر الْحَاكِم بِبَيْعِهِ».

قال الماوردي: اعلم أن المالك لبيع الرهن هو الراهن دون المرتهن لأن للمرتهن حق الاستيثاق وللراهن حق الملك إلا أنه لا يجوز للراهن أن يبيع الرهن إلا بإذن المرتهن لأن عقد الرهن قد أوقع فيه حجراً عليه فإن باعه بغير إذنه كان باطلاً كبيع المحجور عليه.

فأما المرتهن فلا يجوز أن ينفرد ببيع الرهن سواء كان بإذن الراهن أو بغير إذنه على ما مضى إلا أن يكون الراهن حاضراً.

فصل: فإذا ثبت هذا فلا يخلو حال الراهن والمرتهن في الرهن عند حلول الحق من أربعة أحوال:

أحدها: أن يتفقا على بيعه. فيجوز ويكون المتولي لبيعه الراهن أو وكيله دون المرتهن.

والحال الثانية: أن يتفقا على ترك بيعه. فيجوز لرضا المرتهن بتأخير حقه واستبقاء رهنه ورضا الراهن باستبقاء ملكه مع بقاء دينه.

فصل: والحال الثالثة: أن يدعو الراهن إلى بيعه ويمتنع المرتهن فينبغي للراهن أن يأتي الحاكم ليأذن له في بيعه بدلاً من إذن المرتهن بعد أن يحضر الحاكم المرتهن فيسأله عن سبب امتناعه. فإن ذكر عذراً يسوغ مثله لم يأذن له، وإن لم يذكر عذراً أذن الحاكم للراهن في البيع وليس يحتاج إلى توكيل الحاكم عن المرتهن لأن الذي يحتاج من جهة المرتهن إلى إذن مجرد، والحاكم قد أذن فلم يحتج إلى وكيل له.

فإذا باع الراهن الرهن بإذن الحاكم منعه الحاكم من التصرف في ثمنه لتعلق حق المرتهن به وأعلم الحاكم المرتهن بذلك. فإن سأل حقه أمر الحاكم الراهن بدفع حق المرتهن من الثمن وإن لم يسأل حقه أعلمه الحاكم أنه يطلق تصرف الراهن فيه. وإن أذن للراهن بالتصرف فيه فإن سأل الراهن أن يقبض المرتهن حقه أمر الحاكم المرتهن بقبض حقه من الراهن أو إبرائه منه فإن امتنع المرتهن من قبضه أو إبرائه قبضه الحاكم ليبرأ منه الراهن وتركه في بيت المال للمرتهن.

هـذا إذا باع الـراهن الرهن بـإذن الحاكم. فـأما إن بـاعه بغيـر إذن الحاكم فهـذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون قادراً على استئذانه فبيعه باطل لوقوع الحجر عليه.

والثاني: أن يكون غير قادر على استئذانه ففي جواز بيعه وجهان مخرجـان على وجهين نذكرهما في الفصل الذي بعده.

فصل: **والحال الرابعة**: أن يدعو المرتهن إلى بيعه ويمتنع الراهن وهي مسألة الكتاب. فينبغي للمرتهن أن يأتي الحاكم ليوكل عن الراهن وكيلاً في بيع الرهن بعد أن يحضـر الراهن فيسأله عن سبب امتناعه. فإن ذكر عذراً يسوغ مثله في امتناعه لم يوكل عنه في بيعه. وإن لم يذكر عذراً وكل الحاكم عنه من يبيع الرهن عليه.

وقـال أبو حنيفة: لا يجوز للحـاكم أن يوكـل عنه من يبيـع عليه بـل يحبسه حتى يبيـع الراهن بنفسه.

وهذا غلط، لأن كل حق يصح فيه التوكيل فإن الحاكم لا يجوز أن يحبس فيه من امتنع منه ما أمكن التوصل إليه كالديون. وكل ما لا يصـح فيه التـوكيل فـإن الحاكم يحبس فيـه من امتنع منه ولا يوكل عنه كمن أسلم عن أكثر من أربع نسوة فلم يختر منهن أربعاً.

فلمـا كان التـوكيل في بيـع الرهن جـائزاً، وجب إذا امتنـع منه الـراهن أن يتولى بيعـه الحاكم. إما بنفسه أو بأمين يوكله عن الراهن في بيعـه. ولا يجوز أن يـأذن الحاكم للمـرتهن في بيعه وإن جاز أن يأذن للراهن عنه امتناع المرتهن من بيعه.

وإنما لم يجز أن يأذن للمرتهن في بيعه لأن الحاكم يقـوم في ذلك مقـام الراهن. فلمـا لم يجـز للراهن أن يأذن للمـرتهن في بيعه لم يجـز للحاكم أن يـأذن للمرتهن في بيعـه وكـان للحاكم أن يأذن للراهن في بيعه لأن المرتهن يجوز أن يأذن للراهن في بيعه.

فإذا وكل الحاكم عن الراهن من يبيع عليه الرهن فإن كان الحق يحيط بقيمة الرهن بيع جميعه وسلم ثمنه إلى المرتهن. وإن كان الحق يقابل بعض قيمة الرهن بيـع من الأرض بقدر الحق وكان الباقي منه غير مبيع على ملك الراهن. فإن لم يمكن ما قابل الحق إلا ببيع جميعه ودفع إلى المرتهن قدر حقه ودفع الباقي إلى الراهن.

فإن باع المرتهن الرهن من غير إتيان الحاكم فإن كان قادراً على إتيان الحاكم كان بيعه باطلاً، وإن لم يقدر على إتيانه ففي جواز بيعه وجهان حكاهما ابن أبي هريرة. ومنها تخريـج الوجهين الماضيين:

أحدهما: أن بيعه جائز.

والثاني: أن بيعه باطل وهذان الوجهـان مبنيان على اختـلاف وجهي أصحابنـا فيمن له

حق على غريم جاحد ليس له عليه بينة هل يجوز إذا قدر على شيء من ماله أن يتولى بيعه بنفسه لاستيفاء حقه أم يأتي الحاكم حتى يبيعه؟ على وجهين. كذلك المرتهن في بيع الرهن لأن العادم للبينة عند الحاكم كالعادم للحاكم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ الشَّرْطُ لِلْعَدْلِ جَازَ بَيْعُهُ مَا لَمْ يَفْسَخَا أَوْ أَحَدُهُمَا وِكَالَتَهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

إذا شرط في عقد الرهن أن يكون موضوعاً على يدي عدل وشرطا للعدل أن يبيعه عند محل الحق، فهذا العقد قد تضمن شرطين:

أحدهما: وضع الرهن على يدي عدل.

والشرط الثاني: توكيل العدل في بيعه عند محل العقد. فهذان الشرطان جائزان إلا أن الشرط الأول وهو وضع الرهن على يدي عدل يلزم بالعقد ويتم بالقبض.

وأما الشرط الثاني وهو توكيل العدل في بيعه عند محل الحق فلا يتم بالعقد لأنه اشتراط توكيل فيما بعد. فإذا سلما الرهن إلى العدل ووكلاه في بيعه عند محل الحق فقد تم الشرطان جميعاً ويكون الأول منهما لازماً والثاني منهما جائزاً لأن الوكالة جائزة وليست لازمة.

فإن قيل فهذه وكالة معقودة بصفة وهي محل الحق والعقود لا يصح أن تعلق بالصفات قيل الوكالة منجزة غير معلقة بصفة وإنما جعل التصرف فيها معلقاً بصفة وهذا جائز.

ألا ترى لو أنه وكل رجلاً في بيع متاعه وأذن له في بيعه عند مجيء الحاج أو عند استهلال الشهر جاز؛ لأن عقد الوكالة منجز والإذن بالتصرف معلق بالصفة، فصح كذلك توكيل العدل في بيع الرهن.

ولكن لو قالا للعدل قد وكلناك في بيعه عند محل الحق وجعلا الصفة شرطاً في عقد الوكالة لم يصح، لأنه عقد معلق بصفة.

فصل: فإذا ثبت صحة الوكالة بما ذكرنا، فلا يخلو حال الراهن والمرتهن من أربعة أحوال:

أحدهما: أن يقيما على الوكالة إلى حلول الحق. فللعدل أن يبيع الرهن من غير استئذانهما ما لم يكن منهما منع لصحة وكالته في البيع فلم يلزمه استئذانهما عند البيع كسائر الوكلاء.

والحال الثانية: أن يرجعا جميعاً عن وكالته قبل البيع فلا يجوز للعدل أن يبيع بعد رجوعهما لبطلان وكالته منهما.

والحال الثالثة: أن يرجع الراهن دون المرتهن فقد انفسخت وكالته برجوع الراهن وليس له البيع.

وحكي عن أبي حنيفة أن وكالة العدل لا تنفسخ برجوع الراهن وهذا غير صحيح؛ لأن وكالته صحت بهما فصار وكيلاً لهما ومن كان وكيلاً لنفسين بطلت وكالته برجوع أحدهما كالشريكين.

والحال الرابعة: أن يرجع المرتهن دون الراهن فالذي عليه جمهور أصحابنا وهو قول البصريين كافة: أن وكالته قد انفسخت لما ذكرنا من التعليل وهو ظاهر نص الشافعي.

وحكي عن أبي إسحاق المروزي أن الوكالة لا تنفسخ برجوع المرتهن وإنما يمنع العدل من البيع برجوع المرتهن من غير أن تنفسخ وكالته.

قال: لأنه وكيل للراهن ومأذون له من جهة المرتهن فلا يكون رجوع المرتهن في إذنه بقادح في صحة وكالته.

وهذا قول لا يتحصل لأن بعضه ينقص بعضاً، لأن الوكالة إنما هي إذن بالبيع فإذا منعه برجوع المرتهن عن البيع، فقد زال موجب الوكالة وهذا صريح الفسخ إلا أن وكالة الراهن لا تنفسخ برجوع المرتهن، كما لا تنفسخ وكالة المرتهن برجوع الراهن.

فلو ماتا أو أحدهما كان كما لو رجعا أو أحدهما لأن الوكالة تبطل بالموت كما تبطل بالرجوع فلو وكلا رجلين ثم أبطلا وكالة أحدهما لم يكن للثاني منهما البيع إلا بإذنهما أو يوكلا معه من يقوم مقام الميت.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ بَاعَ بِمَا يَتَغَابنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ فَلَمْ يُفَارِقْهُ حَتَّى جَاءَ مَنْ يَزِيدُهُ قَبْلَ الزِّيَادَةِ فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ فَبَيْعُهُ مَرْدُودٌ».

قال الماوردي: إذا وكل العدل في بيع الرهن فعليه ما على الوكيل في بيع غير الرهن فيلزمه في البيع إذا كان الإذن مطلقاً خمسة شروط:

أحدها: الاجتهاد في توفير الثمن وألا يبيعه بما يتغابن الناس بمثله.

والثاني: أن يبيعه بغالب نقد البلد دون غيره.

والثالث: أن يكون الثمن حالاً ولا يكون مؤجلاً ولا منجماً.

فهذه الثلاثة شروط في صحة البيع وسقوط الضمان.

والرابع: ألا يسلم المبيع إلا بعد قبض الثمن. وهذا شرط في سقوط الضمان وليس بشرط في صحة البيع.

والخامس: أن يكون البيع ناجزاً فلا يشترط فيه خيار الثلاث، وفي هذا الشرط وجهان:

أحدهما: أنه شرط في صحة البيع وسقوط الضمان.

والثاني: أنه استحباب لا تأثير له في البيع ولا في الضمان.

فهذه خمسة شروط تختلف أحكامها على ثلاثة أوجه إلا أن مسألة الكتاب تختص بالشرط الأول منها وهو الغبن في الثمن وفيه دليل على حكم ما يضاهيه.

فصل: فإذا باع العدل الرهن بثمن غبن فيه فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون بما يتغابن الناس بمثله، مثل أن يكون ثمن الرهن مائة درهم وغبنه مثله عشرة دراهم وقد باع العدل بتسعين درهماً. فهذا بيع جائز ولا ضمان على العدل، لأن البيع موضوع على المغابنة والمكاسبة والاحتراز مما جرت به العادة من غبينة المثل غير ممكن وكان ذلك معفواً عنه.

والضرب الثاني: أن يكون مما لا يتغابن الناس بمثله، مثل أن يساوي مائة وغبينة مثله عشرة دراهم، وقد باعه بخمسين درهماً فالبيع باطل لوقوعه على غير الوجه المأذون فيه ويمنع العدل من تسليم الرهن إلى المشتري، فإن سلمه إلى المشتري صار العدل بالتسليم ضامناً لا بالعقد وعليه استرجاعه من يد المشتري. فإن فات استرجاعه فقد استقر الضمان في ذمة العدل، وفي قدر ما يضمنه قولان:

أحدهما: أنه يضمن القدر الذين لا يتغابن الناس بمثله وذلك أربعون درهماً، لأن الضمان إنما يجب فيما حصل فيه التفريط، والتفريط إنما كان في قدر ما لا يتغابن الناس بمثله. فأما العشرة التي يتغابن الناس بمثلها فلم يفرط فيها فلم يلزم ضمانها. أما الخمسون فهو غير مفرط فيها فلم يلزمه ضمانها.

والقول الثاني وهو الصحيح: أنه ضامن لجميع القيمة وذلك مائة درهم، لأن البيع وقع فاسداً، فلم يجز تسليم السلعة به ومن سلم سلعة إلى غير مستحقها كان ضامناً لجميع قيمتها.

فصل: فإذا ثبت توجيه القولين فإن قلنا: عليه ضمان الغبينة وحدها وهي أربعون درهماً، فلا يخلو حاله من أحد أمرين:

إما أن يكون قد قبض من المشتري الخمسين التي هي الثمن أو لم يقبض. فإن كان قد قبض الخمسين درهماً الثمن فقد برىء المشتري منها لأنه دفعها إلى مؤتمن عليها وليس على العدل ضمانها لأنه غير متعد فيها ثم للراهن أن يرجع بالغبينة إن شاء على العدل لأنه بدفع الرهن صار ضامناً لها وإن شاء على المشتري لأنه بقبض الرهن صار ضامناً لها.

فإن رجع على المشتري رجع عليه بخمسين درهماً، ولا يسقط عنه العشرة التي يتغابن الناس بها لأنه بالقبض عن بيع فاسد ضامن على الصحيح من المذهب ضمان غصب.

فإذا غرم المشتري ذلك لم يرجع على العدل بشيء.

فإن رجع الراهن على العدل دون المشتري رجع عليه بأربعين درهماً، لأنه يضمن بالتفريط فلم يضمن إلا قدر ما فرط فيه وذلك أربعون درهماً، ويرجع على المشتري بالعشرة الباقية من ضمان الغصب لأن المشتري ضامن لها فيصير الراهن راجعاً على العدل بأربعين درهماً وعلى المشتري بعشرة دراهم، ثم للعدل أن يرجع على المشتري بالأربعين التي غرمها لأن المشتري ضامن لها فهذا الكلام فيه إذا كان العدل قد قبض الخمسين الثمن.

فأما إن كان العدل لم يقبض من المشتري الثمن فالراهن بالخيار بين أن يرجع على المشتري أو على العدل. فإن رجع على المشتري فله أن يرجع عليه بمائة درهم وهي جميع القيمة ولا يرجع المشتري بشيء منها على العدل.

وإن رجع الراهن على العدل فله أن يرجع عليه بأربعين درهماً لا غير لأنها القدر الذي ضمنه بالتفريط ويرجع على المشتري بباقي القيمة وهو ستون درهماً. وللعدل أن يرجع على المشتري بالأربعين التي غرمها لأنه ضامن لها.

فصل: وإن قلنا إن العدل ضامن لجميع القيمة، فللراهن أن يرجع بها على العدل إن شاء أو على المشتري إن شاء، لأن كل واحد منهما ضامن ضمان غصب ولا يبرأ المشتري على هذا من شيء يدفعه إلى العدل بخلاف ما قلنا من قبل، لأن العدل صار ضامناً للكل بالتعدي فصار خارجاً من الأمانة واستوى حاله وحال المشتري في وجوب الضمان عليهما للراهن فلم يبرأ أحدهما بدفع ما عليه إلى صاحبه. ألا ترى أنه لا يبرأ العدل بدفع ما عليه إلى المشتري، كذلك لا يبرأ المشتري بدفع ما عليه إلى العدل، وليس كذلك إذا كان العدل ضامناً لقدر الغبينة لا غير لأن ما سوى الغبينة ليس بمضمون عليه فكان أميناً فيه.

وكذلك لو كان العدل قد قبض من المشتري الثمن والغبينة لم يبرأ المشتري من الغبينة لضمان العدل لها، ويبرىء من الثمن لأنه أمين فيه.

فإذا ثبت أن للراهن أن يرجع على أيهما شاء بجميع المائة التي هي قيمة الرهن، فإن رجع بها على العدل فللعدل أن يرجع بها على المشتري إلا أن يكون العدل قد قبضها من المشتري، فلا يرجع بها عليه. وإن كان قد قبض بعضها رجع عليه بما بقي منها. فإن رجع الراهن على المشتري بالمائة فليس للمشتري أن يرجع بها على العدل إلا أن يكون قد دفعها إليه، أو دفع إليه بعضها فله أن يرجع عليه بما كان فسد دفعه إليه منها.

فصل: فأما إذا باع العدل الرهن بثمن مثله وذلك بمائة درهم ثم بذلت له في الثمن زيادة عشرة دراهم لرغبة راغب، فإن كانت هذه الزيادة المبذولة له بعد التفرق لم يلزمه قبولها، لتمام البيع بالافتراق، وإن كانت هذه الزيادة المبذولة له قبل التفرق وهي مسألة الكتاب فعليه قبولها لأن البيع لم ينبرم والفضل في الثمن بالبذل قد تعين.

فإن لم يقبل الزيادة وأقبض الرهن بالبيع الأول فمذهب الشافعي أنه يكون ضامناً لما لو باع بما لا يتغابن الناس بمثله، ويكون البيع الأول باطلاً.

وقال بعض أصحابنا: لا يبطل البيع بهذه الزيادة ولا ضمان على العدل لأن قبولها غير لازم له. قال: وإنما كان قبولها غير لازم له لأنها قد تبذل لرغبة وقد تبذل لفساد على المشتري الأول، فلم يكن بذلها متحققاً فلم يكن قبولها لازماً.

وهذا غلط لأن بذل الزيادة في خيار المجلس كبذلها في حال العقد فلما كان قبولها في حال العقد لازماً وإن لم يكن بذلها متحققاً وجب أن يكون قبولها في خيار المجلس واجباً وإن لم يكن بذلها متحققاً.

فإذا ثبت أن قبولها واجب وجب أن يكون البيع بترك قبولها باطلاً وإذا بطل البيع وجب الضمان على العدل بتسليم الرهن وإذا ثبت أنه ضامن ففي قدر ضمانه قولان:

أحدهما: يضمن قدر الزيادة لا غير وذلك عشرة دراهم. فعلى هذا إذا غرمها العدل لم يرجع بها على المشتري لأن ضمان المشتري ضمان غصب وتلك الزيادة المبذولة لا تضمن بالغصب. وعلى هذا إن دفع المشتري الثمن إلى العدل بريء منه لأنه ليس بضامن فكان أميناً عليه.

والقول الثاني: أن العدل ضامن به للكل وذلك مائة وعشرة دراهم فعلى هذا لا يبرأ المشتري بدفع الثمن إلى العدل لأنه ضامن له، فبطل أن يكون أميناً فيه.

وللراهن أن يرجع على أيهما شاء. فإن رجع على العدل رجع بمائة وعشرة دراهم ويرجع العدل على المشتري بمائة درهم ولا يرجع عليه بالعشرة الزائدة وإن رجع الراهن على المشتري رجع عليه بمائة درهم ورجع على العدل بعشرة دراهم وهي الزيادة التي بذلت له. وإذا غرم المشتري لم يكن له أن يرجع بها على العدل.

فصل: وليس الراهن وحده مستحقاً للرجوع بها دون المرتهن ولا المرتهن دون الراهن ولكن الراهن والمرتهن جميعاً يستحقان الرجوع بها. أما الراهن فبحق ملكه، وأما المرتهن فبحق وثيقته.

وإذا كان كذلك فلا يخلو حال القابض من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون الراهن والمرتهن جميعاً قد اجتمعا على قبضها فقد برىء العدل والمشتري منها ثم للراهن والمرتهن فيها ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن يتفقا على تركها رهناً فتكون رهناً على ما اتفقا عليه.

والحال الثانية: أن يتفقا على أن تكون قصاصاً فتكون قصاصاً كما اتفقا.

والحال الثالثة: أن يختلفا فيدعو أحدهما إلى أن تكون رهناً ويدعو الآخر إلى أن تكون قصاصاً، فالقول قول من دعا إلى أن تكون قصاصاً إذا كان الحق حالاً، لأن الإذن بالبيع إنما كان لقضاء الحق ولم يكن لترك ذلك في الرهن وليس فساد البيع موجباً لإبطال هذا الحكم.

والقسم الثاني: أن يكون القابض لها هو الراهن دون المرتهن، فيكون للمرتهن أن يرجع بها على العدل دون المشتري، وإنما كان كذلك لأن المرتهن يرجع بحق الرهن والعدل ضامن لحق الرهن دون المشتري وإنما يضمن المشتري بحق الملك. فلذلك كان للمرتهن أن يرجع على العدل لأنه ضامن لحق الرهن، ولم يكن له أن يرجع على المشتري لأنه ضامن لحق الملك.

فإن قيل: أليس لو جنى على الرهن كان للمرتهن أن يرجع على الجاني بالأرش وإن كان الجاني ضامناً لحق الملك؟ فقيل: إنما كان للمرتهن أن يرجع على الجاني لأن الجاني ضامن للحقين معاً، إذ ليس يجب ضمان حق الرهن على غير الجاني وليس كذلك في بيع العدل لأن العدل ضامن لحق الرهن، فلم يضمنه المشتري.

فإذا رجع المرتهن على العدل لم يكن للعدل أن يرجع الراهن بما دفعه إلى المرتهن، لأن العدل لو كان دفع إلى المرتهن في الابتداء كان للراهن أن يرجع عليه بما دفع، ويصير العدل متطوعاً بما دفعه إلى الراهن.

والقسم الثالث: أن يكون القباض لها هو المرتهن دون الراهن فيكون للراهن أن يرجع بها على العدل إن شاء، وعلى المشتري إن شاء لأن الراهن يرجع بحق الملك والمرتهن يرجع بحق الرهن. والعدل ضامن لحق الملك وحق الرهن، والمشتري ضامن لحق الملك، فلذلك كان للراهن أن يرجع على من شاء من العدل والمشتري لأنه قد صار كل واحد منهما ضامناً بحق الملك، ولم يكن للمرتهن أن يرجع إلا على العدل دون المشتري لأنه يرجع بحق الرهن، والعدل ضامن لحق الرهن دون المشتري.

فإذا ثبت أن للراهن أن يرجع على من شاء من العدل والمشتري نظر في المرتهن القابض أولاً فإن كان قد قبض ذلك من المشتري فللمشتري أن يرجع عليه بذلك لأنه لا حق للمرتهن على المشتري. فإن كان قد قبض من العدل لم يكن للعدل أن يرجع بها عليه لأن العدل لو كان قد دفع إلى الراهن في الابتداء لم يبرأ من حق المرتهن، وكان للمرتهن أن يرجع عليه. ويصير العدل متطوعاً بقضاء دين المرتهن.

فهذا الكلام في إخلاله بالشرط الأول.

فصل: وأما إخلاله بالشرط الثاني، وهو بيعه بغالب نقد البلد، فإذا باعه بغير الغالب من نقد البلد من غير أن يأذن الراهن والمرتهن به فبيعه باطل مردود فإن فات رده كان العدل ضامناً لجميع القيمة قولاً واحداً بخلاف ما مضى من الغبينة في ثمنه على أحد القولين.

وإنما كان ههنا ضامناً لجميع قيمته لأنه ليس جزء منه متميزاً عن الضمان وسببه، والغبينة هناك متميزة مقدرة فجاز أن يختص الضمان بها على أحد القولين.

فإذا ثبت أنه ضامن لجميع القيمة فهو على ما مضى من مطالبة العدل والمشتري وما يتفرع على ذلك.

فصل: وأما إخلاله بالشرط الثالث وهو حلول الثمن ببيعه بثمن مؤجل فبيعه باطل فإن فات رده كان مضموناً بقيمته دون ثمنه سواء كانت أكثر من الثمن أو أقل لأن بطلان البيع يبطل حكم الثمن، ويوجب اعتبار القيمة ويكون كل واحد من العدل والمشتري ضامناً لجميع قيمته، وللراهن الخيار في مطالبة كل واحد منهما ولا يبرأ المشتري بدفع القيمة إلى العدل على ما ذكرنا.

فصل: وأما إخلاله بالشرط الرابع وهو الامتناع من تسليمه قبل قبض ثمنه فيسلمه إلى المشتري قبل قبض ثمنه، فإنه مضمون على كل واحد من العدل والمشتري بالثمن المسمى دون القيمة لصحة العقد ولزوم الثمن فيه وللراهن أن يرجع على كل واحد منهما بالثمن. فإن

دفع المشتري الثمن إلى العدل بريء المشتري منه وإن كان العدل ضامناً له، لأن ضمان العدل ليس بضمان غصب، وإنما هو ضمان تفريط سببه تأخير قبض الثمن من المشتري فلم يجز أن يكون قبض العدل مانعاً من براءة المشتري، وليس كذلك فيما ذكرنا من الفصول الماضية، لأن المشتري لا يبرأ بما يدفعه إلى العدل إذا ضمنه العدل، لأن ضمانه ضمان غصب.

فصل: وأما إخلاله بالشرط الخامس وهو بيعه ناجزاً بغير خيار شرط فيبيعه باشتراط خيار الثلاث فإن قلنا: إنه استحباب وليس بواجب، فلا يبطل البيع ولا يوجب الضمان، وإن قلنا: إنه واجب كان البيع باطلاً فإن فات الرد كان كل واحد من العدل والمشتري ضامناً للقيمة دون الثمن، ولا يبرأ المشتري بدفع القيمة إلى العدل لأنه ضامن لها ضمان غصب والله أعلم.

باب بيع الحاكم للرهن في الاستحقاق

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِذَا بِيعَ الرَّهْنُ فَثَمَنُهُ مِنَ الرَّاهِنِ حَتَّى يَقْبِضَهُ الْمُرْتَهَنُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

إذا بيع الرهن فثمنه من الراهن حتى بعد حلول الحق فثمنه في حكم الرهن مضمون على الراهن دون المرتهن فإن تلف الثمن في يد العدل قبل قبض المرتهن كان تالفاً من مال الراهن دون المرتهن ولا ضمان على العدل ما لم يتعد أو يفرط.

وقال أبو حنيفة: إن كان الراهن هو الذي تولى بيع الرهن فثمنه من ضمان الراهن دون المرتهن، وإن كان قد باعه العدل أو الحاكم فثمنه من ضمان المرتهن دون الراهن بناء على أصله في أن الرهن مضمون على مرتهنه واستدلالاً بأن الرهن مبيع في حق المرتهن، كما أن العبد الجاني مبيع في حق المجني عليه ثم ثبت أن ثمن العبد الجاني إذا بيع من ضمان المجني عليه دون سيده لأنه مبيع في حقه، وجب أن يكون ثمن الرهن إذا بيع من ضمان المرتهن مبيع في حقه، ودليلنا بناء ذلك على أصلنا في أن الرهن غير مضمون على مرتهنه، ثم من الدليل أن يد العدل كيد الراهن لأن جواز بيعه وتصرفه موقوفاً على إذن الراهن، ثم ثبت أن الراهن إذا باع الرهن كان ثمنه من ضمان الراهن دون المرتهن لبقاء الرهن على ملكه فوجب إذا باعه العدل أن يكون ثمنه من ضمان الراهن دون المرتهن لبقاء الرهن على ملكه.

وتحريره أنه مبيع في الرهن أن يكون ثمنه من ضمان الراهن أصله: إذا باعه الراهن، ولأنه ثمن مبيع فوجب أن يكون من ضمان المالك كالوكيل.

وأما ثمن العبد الجاني فهو من ضمان السيد دون المجني عليه، ألا ترى أن الرجوع بالدرك يجب على السيد دون المجني عليه، وإنما بطل حق المجني عليه بتلف الثمن وإن كان من ضمان غيره كما بطل حقه بتلف العبد الجاني وإن كان على ملك غيره والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ مَاتَ الرَّاهِنُ فَأَمَرَ الْحَاكِمُ عَدْلاً فَبَاعَ الرَّهْنَ وَضَاعَ الثَّمَنُ مِنْ يَدَيِ الْعَدْلِ فَاسْتَحَقَّ الرهن لَمْ يُضْمَنِ الْحَاكِمُ وَلاَ الْعَدْلُ لأَنَّهُ أَمِينٌ وَأَخَذَ

الْمُسْتَحِقُّ مَتَاعُهُ وَالْحَقُّ وَالثَّمَنُ فِي ذِمَّةِ الْمَيِّتِ وَالْعُهْدَةِ عَلَيْهِ كَهِيَ لَوْ بَاعَ عَلَى نَفْسِهِ فَلَيْسَ الَّذِي بِيعَ لَهُ الرَّهْنُ مِنَ الْعُهْدَةِ بِسَبِيلٍ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

إذا كان الرهن موضوعاً على يدي عدل فليس للعدل بيع الرهن عند محل الحق إلا بتوكيل من الراهن وإذن من المرتهن، فحينئذ يجوز له بيع الرهن ما بقي الراهن والمرتهن على إذنهما وجواز أمرهما. فإن مات أحدهما أو تغيرت حاله في جواز أمره لم يكن للعدل أن يبيع إلا بأمر الحاكم، فإذا ثبت هذا وباع العدل الرهن بإذنهما أو بأمر الحاكم عند موت الراهن منهما فالثمن مضمون على الراهن حتى يقبضه المرتهن.

فلو تلف الثمن في يد العدل فإن كان بتفريط أو تعد فيه، فالعدل ضامن له، وإن كان بغير تفريط منه ولا تعد فيه فلا ضمان على العدل؛ لأنه أمين وهو على مذهب الشافعي تالف من مال الراهن، وعلى مذهب أبي حنيفة أنه تالف من مال المرتهن لأنه مضمون عليه وقد مضى الكلام معه فيه. فلو استحق الرهن المبيع في يد مشتريه بعد تلف الثمن في يد العدل كانت عهدة المبيع بالثمن، من مال الراهن دون المرتهن.

وقال أبو حنيفة عهدة المبيع في رجوع المشتري بالثمن في مال المرتهن دون الراهن بناء على أصله في أن لثمن الرهن المبيع مضمون على المرتهن دون الراهن، ونحن نبني ذلك على أصلنا في أن ثمن الرهن المبيع مضمون على الراهن دون المرتهن وقد مضى الكلام في الأصل فأغنى عن تجديده في الفرع.

فصل: فإذا ثبت أن رجوع المشتري بالثمن يكون في مال الراهن دون المرتهن فلا يخلو حال الراهن من أحد أمرين:

أحدهما: أن يكون موسراً بدفع الثمن وغيره من قضاء الديون فالمشتري وجميع الغرماء فيه أسوة لأن اتساع المال يمنع من المزاحمة ولا يوجب تقديم بعض الحقوق فصاروا فيه أسوة.

والثاني: أن يكون معسراً يضيق ماله عن دفع الثمن وقضاء الديون وهو محجور عليه بالفلس فالذي نقله المزني أن المشتري يقدم بدفع الثمن على جميع الغرماء، ثم يدفع ما بقي إلى الغرماء، والذي نقله الربيع وحرملة أن المشتري يكون أسوة الغرماء.

يتحاصون معاً فاختلف أصحابنا فيه على طريقين فمنهم من قال المسألة على قولين لظاهر النص في الموضعين أحدهما ما نقله المزني أن المشتري يقدم بدفع الثمن على جميع

الغرماء لمعنيين أحدهما أن المشتري لم يدخل في العقد راضياً بذمته فلا يجوز أن يسوّي بينه وبين من راضاه على ذمته والثاني أنا لو لم نقدمه به لأدى إلى الامتناع من ابتياع مال المفلس خوفاً من استحقاق المبيع ودخول الضرر في تأخير الثمن فوجب تقديمه به كما وجب تقديم المنادي بأجرته والدلال بجعالته، ليقدم الناس على معاملته، والقول الثاني ما نقله الربيع وحرملة أن المشتري أسوة الغرماء لاستوائه وإياهم في تعلق الغرم بذمته ولا يجب تقديم المشتري عليهم وإن لم يرض بذمته بدليل أن المفلس لو جنى على مال رجل فتعلق الغرم بذمته كان أسوة الغرماء وإن لم يرض بذمته.

ومن أصحابنا من حمل اختلاف النص في الموضعين على اختلاف حالين فالموضع الذي نقل منه المزني أن المشتري يقدم على جميع الغرماء إذا لم يفك الحجر عن المفلس فيقدم المشتري على جميع الغرماء والموضع الذي نقل منه الربيع وحرملة أن المشتري أسوة الغرماء إذا فك الحجر عنه ثم استحق المبيع من يدي المشتري فصار الثمن مع باقي الديون في ذمته، ثم أصاب ما لا يحجر عليه فإن المشتري أسوة الغرماء.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ بَاعَ الْعَدْلُ فَقَبَضَ الثَّمنَ فَقَالَ ضَاعَ فَهُوَ مُصَدَّقٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

إذا قال العدل المأمون ببيع الرهن قد بعته وقبضت ثمنه وضاع من يدي فقوله مقبول لأنه أمين وقول الأمين في تلف ما بيده مقبول، كالمودع والوكيل فأما وجوب اليمين عليه فمعتبرة بما يكون من تصديق الراهن والمرتهن أو تكذيبهما لأن لكل واحد منهما حقاً وإذا كان كذلك فلا يخلو الراهن والمرتهن من أربعة أحوال، **أحدها** أن يصدقا جميعاً العدل على تلف الرهن في يده، فلا يجب على العدل اليمين بتصديقهما **والحال الثانية** أن يكذبا جميعاً العدل في تلف الثمن من يده فعلى العدل اليمين، لأنهما بالتكذيب يدعيان عليه استحقاق الثمن في يده فإن حلف برىء من الحكم من الثمن، وإن نكل عن اليمين ردت على الراهن دون المرتهن لأن الثمن على ملكه، فإن حلف الراهن كان على العدل غرم الثمن وكان حق المرتهن متعلقاً به يستوفيه منه وإن نكل الراهن وبذل المرتهن اليمين لأجل أن الثمن صائر إليه، فهل يجوز أن ترد اليمين عليه أم لا؟ على قولين مبنيين على اختلاف قوليه في اختلاف غرماء المفلس فيما نكل عنه المفلس.

أحدهما: أن اليمين ترد على المرتهن فإن حلف وجب على العدل غرامة الثمن ليستوفي المرتهن حقه وإن نكل برىء العدل،

والقول الثاني: لا ترد اليمين على المرتهن، فعلى هذا القول برىء من الثمن بنكول الراهن،

والحال الثالثة: أن يصدق المرتهن ويكذب الراهن فعلى العدل اليمين لأن الثمن ملك للراهن فلا يمنع الراهن من إحلاف العدل على ملكه لأجل تصديق غيره، فإن حلف العدل بريء من الثمن، وإن نكل عن اليمين ردت اليمين على الراهن، فإن حلف الراهن وجب على العدل غرامة الثمن، فإذا غرم الثمن اختص به الراهن ولم يكن للمرتهن فيه حق لإقراره بتلف ما كان حقه متعلقاً به، فإن سأل الراهن أن يقبض المرتهن حقه من هذا الثمن لتبرأ ذمته، فواجب على المرتهن أن يقبض حقه من الثمن الذي غرمه العدل ويبرىء الراهن من حقه، فإن قبض المرتهن حقه من هذا الثمن يبرىء الراهن من حق المرتهن ووجب على المرتهن أن يرد ما قبضه من ذلك على العدل، لأن المرتهن يقر أن العدل مظلوم به وأنه باق على ملكه.

والحال الرابعة: أن يصدق الراهن ويكذب المرتهن، فإن كان الراهن موسراً أجبر على دفعه للمرتهن ولم يكن للمرتهن إحلاف العدل، وقد بريء العدل بتصديق الراهن، وإن كان الراهن معسراً فهل تسقط اليمين عن العدل بتصديق الراهن أو يجب عليه لأجل تكذيب المرتهن؟ على وجهين مخرجين من اختلاف قوليه في مدعى جناية العبد المرهون إذا صدقه الراهن وكذبه المرتهن هل يثبت حقه في رقبة العبد المرهون أم لا؟ على قولين، كذلك العدل إذا ادعى تلف الثمن فصدقه الراهن وكذبه المرتهن كان على وجهين مخرجين مما ذكرنا من القولين ـ أحد الوجهين أن العدل قد بريء بتصديق الراهن وليس للمرتهن إحلافه، والوجه الثاني: أنه لا يبرأ بتصديق الراهن وعليه أن يحلف للمرتهن فإن حلف العدل للمرتهن بريء من الحكم، وإن نكل العدل عن اليمين فهل يجوز أن ترد على المرتهن أم لا؟ على ما مضى من القولين، أحدهما: لا ترد عليه لأن الثمن ملك لغيره، والثاني: ترد اليمين عليه لأن الثمن صائر إليه.

فعلى هذا إذا حلف المرتهن وجب على العدل غرامة الثمن ثم لا يخلو حال الثمن من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون الثمن بإزاء حق المرتهن من غير زيادة ولا نقص فله مطالبة العدل بجميعه، فإذا قبض ذلك منه سقط حق المرتهن من ذمة الراهن لإقراره بقبضه.

والقسم الثاني: أن يكون الثمن أقل من حق المرتهن فله قبض جميع الثمن ومطالبة الراهن بما بقي من حقه بعد قبض الثمن.

والقسم الثالث: أن يكون الثمن أكثر من حق المرتهن، فليس للمرتهن أن يأخذ منه إلا قدر حقه، فإذا أخذ قدر حقه بريء الراهن منه، وليس للراهن مطالبة العدل بما بقي من الثمن بعد حق المرتهن لأنه مقر أن العدل مظلوم بجميع الثمن، فإن قيل، فإذا كان ما قبضه

المرتهن ظلماً فكيف يبرأ به الراهن؟ قلنا إنما سقطت المطالبة عنه، فأما براءة ذمته من الباطن فالله أعلم بذلك.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ قَالَ دَفَعْتُهُ إِلَى الْمُرْتَهِنِ وَأَنْكَرَ ذَلِكَ الْمُرْتَهِنُ فَالْقَوْلُ قَوْلَهُ وَعَلَى الدَّافِعِ الْبَيِّنَةُ».

قال الماوردي: اعلم أن العدل إذا باع الرهن بإذن الراهن والمرتهن، فليس له دفع ثمنه إلى المرتهن إلا بإذن الراهن لبقائه على ملكه ولا له دفع ثمنه إلى الراهن إلا بإذن المرتهن لتعلق حقه به، والواجب أن يدفعه إليهما معاً، أو إلى أحدهما بإذن صاحبه لتعلق حق كل واحد منهما به، فإن أذن له الراهن في دفعه إلى المرتهن جاز وكان وكيلاً له في قضاء الحق عنه، فإن رجع الراهن عن إذنه قبل دفعه إلى المرتهن بطلت وكالة العدل في قضاء الحق، ولم يكن له دفع الثمن إلى المرتهن فإن دفعه إلى المرتهن بعد رجوع الراهن، كان دافعاً له بغير إذن الراهن فصار له ضامناً.

فإن أذن المرتهن للعدل في دفع الثمن إلى الراهن كان ذلك إبطالاً لحق وثيقته في الثمن، فإن رجع المرتهن عن إذنه قبل دفع الثمن إلى الراهن، لم يكن لرجوعه تأثير لبطلان حقه من الوثيقة بالإذن المتقدم وكان للعدل أن يدفعه إلى الراهن.

فصل: فإذا تقررت هذه الجملة، وكان ثمن الرهن بيد العدل فادعى تسليمه ودفعه فهذا على ثلاثة أحوال.

أحدها: أن يدعي تسليمه إلى الراهن.

والثاني: أن يدعي تسليمه إلى المرتهن.

والثالث: أن يدعي تسليمه إلى الراهن والمرتهن.

فأما القسم الأول وهو أن يدعي تسليم الثمن إلى الراهن، فعلى أربعة أضرب:

أحدها: أن يكون المرتهن قد أذن له بالدفع، والراهن مقر بالقبض، فقد برىء العدل من مطالبة المرتهن بإذنه، وبرىء من مطالبة الراهن بقبضه، ويكون حق المرتهن باقياً في ذمة الراهن، وليس له مطالبة العدل به.

والضرب الثاني: أن يكون المرتهن قد أذن له بالدفع، والراهن منكر للقبض فقد برىء العدل من مطالبة المرتهن بإذنه وبرىء من مطالبة الراهن بقوله، لأن قول العدل على الراهن مقبول، وإن أنكر لأنه وكيل له وأمين عليه، وقول الوكيل مقبول على موكله إذا حلف، ويكون حق المرتهن باقياً في ذمة الراهن ليس له مطالبة العدل به.

والضرب الثالث: أن يكون المرتهن لم يأذن له بالدفع، والراهن مقر بالقبض، فقد برىء العدل من مطالبة الراهن بقبضه ولم يبرأ من مطالبة المرتهن لعدم إذنه، والمرتهن بالخيار بين مطالبة الراهن أو العدل.

فإن طالب الراهن وقبض منه برىء الراهن والعدل جميعاً، لا ولم يكن للراهن أن يرجع على العدل بشيء، لأن ما كان يستحقه من الثمن قد أقر بقبضه، وإن طالب العدل وأغرمه فقد برىء العدل والراهن جميعاً، وللعدل أن يرجع على الراهن بما غرمه للمرتهن، لأن غرمه بحق نيابته عنه ووكالته له.

والضرب الرابع: أن يكون المرتهن لم يأذن له بالدفع والراهن منكر للقبض، فقد برىء العدل من مطالبة الراهن وإن أنكر، لأن قول عليه مقبول ولم يبرأ العدل من مطالبة المرتهن لعدم إذنه بالدفع، والمرتهن بالخيار بين مطالبة الراهن أو العدل، فإن طالب الراهن وقبض منه برىء الراهن والعدل جميعاً، ولم يكن للراهن أن يرجع على العدل بما غرمه للمرتهن، فإن طالب العدل وأغرمه برىء العدل والراهن جميعاً، ولم يكن للعدل أن يرجع بذلك على الراهن، لأن قول العدل على الراهن مقبول فيما بيده، وغير مقبول فيما يدعي استحقاق الرجوع به، فهذا حكم دعوى العدل تسليم الثمن إلى الراهن.

فصل: **فأما القسم الثاني** وهو أن يدعي تسليم الثمن إلى المرتهن، فعلى أربعة أضرب:

أحدها: أن يكون الراهن قد أذن له بالدفع إليه.

والمرتهن مقر بالقبض، فقد برىء العدل من مطالبة الراهن بإذنه، وبرىء من مطالبة المرتهن بإقراره، وقد استوفى المرتهن حقه فلا مطالبة له على الراهن.

والضرب الثاني: أن يكون الراهن قد أذن له بالدفع، والمرتهن منكر للقبض وهي مسألة الكتاب فالقول قول المرتهن مع يمينه، أنه لم يقبض ولا يقبل قول العدل عليه، وإن كان مقبولاً على الراهن، لأنه ليس بأمين له، فلم يقبل قوله عليه، وهو أمين للراهن فقبل قوله عليه، وإذا لم يقبل قوله على المرتهن لم يبرأ من مطالبة المرتهن، فأما الراهن فله حالتان:

أحدهما: أن يكذب العدل فيما يدعيه من دفع الثمن إلى المرتهن، فلا يبرأ العدل من مطالبة الراهن، لأن قول العدل مقبول على الراهن فيما يدعى تسليمه وغير مقبول عليه فيما يدعى تسليمه إلى غيره، وإذا كان كذلك فكل واحد من الراهن والمرتهن على حقهما من مطالبة العدل بالثمن، والمرتهن بالخيار بين مطالبة العدل أو الراهن، فإن طالب العدل فأغرمه لم يرجع العدل على الراهن وإن أغرمه الراهن رجع الراهن على العدل.

والحالة الثانية: أن يصدق العدل فيما يدعيه من دفع الثمن إلى المرتهن، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون الراهن حاضراً عند دفع العدل إلى المرتهن، فإذا كان كذلك فقد برىء العدل من حق الراهن بحضوره، ولم يبرأ من حق المرتهن لإنكاره، والمرتهن بالخيار بين مطالبة العدل أو الراهن، فإن طالب العدل فأغرمه لم يرجع العدل على الراهن لأن العدل مظلوم بها، ولا يرجع على غير ظالمه.

وإن طالب الراهن فأغرمه لم يرجع الراهن على العدل لأن الراهن مظلوم بها فلا يرجع على غير ظالمه.

والثاني: أن يكون الراهن المصدق غائباً عند الدفع، فهل يبرأ العدل من حق الراهن بتصديقه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يبرأ بتصديقه كما لو كان حاضراً عند دفعه ثم يكون المرتهن بالخيار، بين مطالبة الراهن أو العدل، فإن أغرم العدل لم يرجع العدل على الراهن، وإن أغرم الراهن لم يرجع الراهن على العدل.

والوجه الثاني: أن العدل لا يبرأ من حق الراهن، وإن صدقه الراهن على الدفع، وهو قول أكثر أصحابنا؛ لأن العدل مفرط حيث لم يشهد على المرتهن وإن كان مصدقاً فلم يبرأ من حق الراهن، لأجل تفريطه فعلى هذا المرتهن بالخيار بين مطالبة الراهن أو العدل، فإن طالب العدل فأغرمه لم يرجع العدل على الراهن، وإن طالب الراهن فأغرمه رجع الراهن على العدل لأن العدل لم يبرأ من حق الراهن.

والضرب الثالث: أن يكون الراهن لم يأذن له بالدفع، والمرتهن مقر بالقبض، فقد برىء العدل من مطالبة المرتهن بإقراره، ولم يبرأ من مطالبة الراهن لعدم إذنه، ووجدت أبا العباس من أصحابنا البصريين يقول: إن العدل قد برىء من مطالبة الراهن، وليس له مطالبته بالثمن لحصول الإبراء للراهن بإقرار المرتهن بالقبض.

وهذا عندي غير صحيح بل على العدل غرامة الثمن للراهن وإن برىء من حق المرتهن، لأن العدل متعد بالدفع متطوع بالأداء، فلزمه الغرم بتعديه، ولم يسقط عنه بتطوعه كما لو قضى الدين من ماله.

والضرب الرابع: أن يكون الراهن لم يأذن له بالدفع، والمرتهن منكر للقبض، فالقول قول المرتهن مع يمينه أنه لم يقبض، لأن قول العدل غير مقبول على المرتهن، ثم لكل واحد من الراهن والمرتهن مطالبة العدل بالثمن، أما الراهن فلعدم إذنه، وأما المرتهن فلإنكار قبضه، وله أن يمتنع من غرامة الثمن لأحدهما إلا بإذن الآخر، كالثمن الأول الذي كان له أن يمتنع من دفعه إلى أحدهما إلا بإذن الآخر، لئلا يلزمه غرامة ثمنين، فيغرم لكل واحد منهما ثمناً، فإن غرم الثمن للراهن من غير إذن المرتهن، كان للراهن أن يأخذ بغرامة الثمن ثانية، وإن غرم الثمن للمرتهن من غير إذن الراهن كان الراهن أن يأخذه بغرامة الثمن ثانية وللمرتهن مطالبة كل واحد من العدل والراهن معاً، فإن طالب الراهن فأغرمه، كان للراهن أن يرجع على العدل بالثمن وإن طالب العدل فأغرمه لم يكن للعدل أن يرجع به على الراهن.

ثم ينظر، فإن غرمه بإذن الراهن برىء من مطالبة الراهن وإن غرمه بغير إذنه لم يبرأ من مطالبته فهذا حكم دعوى العدل تسليم الثمن إلى المرتهن.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يدعي العدل تسليم الثمن إلى الراهن والمرتهن فعلى أربعة أضرب: ـ

أحدهما: أن يقر الراهن والمرتهن فقد برىء العدل من حقهما معاً.

والضرب الثاني: أن ينكره الراهن والمرتهن.

فقد برىء العدل من مطالبة الراهن، لأن قول العدل مقبول عليه وإن أنكره، ولم يبرأ من مطالبة المرتهن؛ لأن قوله غير مقبول عليه إذا أنكر.

ثم المرتهن بالخيار بين مطالبة الراهن، أو العدل فإن طالب الراهن فأغرمه فقد برىء الراهن والعدل جميعاً، وليس للراهن أن يرجع بذلك على العدل.

وإن طالب العدل فأغرمه برىء العدل والراهن جميعاً وليس للعدل أن يرجع بذلك على الراهن، لأن قول العدل فيما يدعي استحقاق الرجوع به غير مقبول وإن كان قوله فيما بيده مقبولاً.

والضرب الثالث: أن يقر المرتهن وينكر الراهن فقد برىء العدل من حقهما، أما المرتهن فبإقراره وأما الراهن فلقبول قوله.

والضرب الرابع: أن يقر الراهن وينكر المرتهن فقد برىء العدل من حق الراهن دون المرتهن وللمرتهن الخيار بين أن يطالب الراهن أو العدل، فإن أغرم الراهن برىء الراهن والعدل جميعاً، وليس للراهن أن يرجع بذلك على العدل.

فإن أغرمه العدل برىء العدل والراهن جميعاً، وليس للعدل أن يرجع بذلك على الراهن، لأن العدل مقر أنه مظلوم بإغرام المرتهن له فلم يكن له الرجوع على غير من ظلمه، فهذا حكم دعوى العدل تسليم الثمن إلى الراهن والمرتهن والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ بَاعَ بِدَيْنٍ كانَ ضَامِناً».

قال الماوردي: وهذا صحيح وجملته إذا أذن الراهن والمرتهن للعدل في بيع الرهن أنه لا يخلو من خمسة أقسام:

أحدها: أن يأذنا له في بيعه بالنقد فلا يجوز للعدل أن يبيعه بالدين، فإن باعه بالدين كان بيعه باطلاً، وكان لجميع قيمته بالتسليم ضامناً.

والقسم الثاني: أن يأذنا له في بيعه بالدين فيجوز له أن يبيعه بالدين بما حدا له من الأجل أو بما لا يتفاوت من الآجال إن لم يحدا له الأجل، فإن باعه بالنقد بمثل الثمن الذي

يساوى بالدين كان بيعه جائزاً لتعجيل الثمن مع حصول ما يقصد من التوفير للأجل، وإن باعه بالنقد بدون ما يساوي بالدين كان بيعه باطلاً وكان لقيمته بالتسليم ضامناً.

والقسم الثالث: أن يأذنا له في بيعه مطلقاً، فإطلاق الإذن يقتضي بيع النقد كما لو صرحا به فإن باعه بالدين كان بيعه باطلاً.

وقال أبو حنيفة: إطلاق الإذن يقتضي جواز البيع بالنقد والدين فبأيهما باع جاز، وكذلك الوكيل مع مع الإطلاق لأن اسم البيع يتناوله.

ودليلنا: هو أن إطلاق الإذن كإطلاق العقد، فلما كان إطلاق العقد يقتضي تعجيل الثمن، وجب أن يكون إطلاق الإذن يقتضي تعجيل الثمن والكلام في هذه المسألة يستوفي في كتاب الوكالة إن شاء الله.

والقسم الرابع: أن يأذن الراهن في بيعه بالدين ويأذن المرتهن في بيعه بالنقد فليس للعدل بيعه بالدين، لأن المرتهن لم يأذن به مع استحقاق تعجيله، فأما بالنقد فإن باعه بمثل ما يساوي بالدين جاز وإن باعه بمثل ما يساوي بالنقد دون ما يساوي بالدين لم يجز؛ لأن الراهن المالك لم يأذن به. فيجري على هذا الإذن حكم النقد في التعجيل وحكم الدين في التوفير.

والقسم الخامس: أن يأذن له الراهن في بيعه بالنقد ويأذن له المرتهن في بيعه بالدين فللعدل أن يبيعه بالنقد الذي أذن فيه الراهن ولا يبيعه بالدين الذي أذن فيه المرتهن، لأن حق المرتهن في البيع والتعجيل وليس له حق في التأخير فقبل إذنه في البيع، لأنه حق له ولم يقبل إذنه في التأخير لأنه حق عليه وفارق إذن الراهن بالتأخير لأنه ملكه.

فصل: وإذا أذنا للعدل في بيع الرهن بعد شهر فباعه قبل مضي الشهر كان بيعه باطلاً وكان لقيمته بالتسليم ضامناً ولو أذنا في بيعه بالكوفة فباعه بالبصرة كان بيعه جائزاً إذا كان الثمنان واحداً وكان لثمنه ضامناً.

والفرق بينهما أن قبل الشهر غير مأذون له في بيعه فبطل بيعه، وإذا نقله من بلد إلى بلد كان مأذوناً في بيعه فجاز بيعه وضمن ثمنه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ**: «وَلَوْ قَالَ لَهُ أَحَدُهُمَا بِعْ بِدِنَانِير وَالآخَرُ بِعْ بِدَرَاهِم لَمْ يَبِعْ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا لِحق الْمُرْتَهَنُ فِي ثَمَنِ الرَّهْنِ وَحَقُّ الرَّاهِنِ فِي رَقَبَتِهِ وَثَمَنِهِ وَجَاءَ الْحَاكِم حَتَّى يَأْمُرَهُ بِالْبَيْعِ بِنَقْدِ الْبَلَدِ ثُمَّ يَصْرِفُهُ فِيمَا الرَّهْنُ فِيهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، وجملته أنه لا يخلو حال إذنهما للعدل في الثمن الذي يبيع الرهن به من أربعة أقسام:

أحدهما: أن يعينا في الإذن جنس الثمن فيأذنا له في بيعه بالدراهم أو يأذنا له في بيعه بجنس من الأمتعة والعروض، فلا يجوز للعدل أن يبيع الرهن إلا بالثمن الذي عيناه له، فإن باعه بغيره كان بيعه باطلاً وكان لقيمته بالتسليم ضامناً.

والقسم الثاني: أن يطلقا الإذن ولا يعينا جنس الثمن فواجب على العدل أن يبيعه بغالب نقد البلد سواء كان من جنس الحق أو من غيره.

وقال الشافعي في كتاب «الأم»: يبيعه بجنس حقه.

قال أصحابنا: إنما أراد بجنس حقه إذا كان من غالب نقد البلد، فإن لم يكن من غالب نقد البلد باعه بغالب نقد البلد، وإن لم يكن من جنس حقه، فحملوا إطلاقه على هذا التقييد، فإن كان غالب نقد البلد دراهم لم يجز أن يبيعه بدنانير، وإن كان غالب نقد البلد دنانير، لم يجز أن يبيعه بدراهم، فإن فعل كان بيعه باطلاً وكان لقيمته بالتسليم ضامناً.

القسم الثالث: أن يأذنا له في بيعه بما رأى من الأثمان فله بيعه بما رأى من الدراهم والدنانير سواء باعه بغالب نقد البلد أو بغيره، وليس له أن يبيعه بالبر أو بالشعير، لأن مطلق الأثمان يتناول الفضة والذهب دون غيرهما إلا أن يصرحا به في إذنهما فإن باعه بذلك كان بيعه باطلاً.

والقسم الرابع: أن يختلفا عليه في الإذن وهي مسألة الكتاب فيأذن أحدهما في بيعه بالدراهم ويأذن الآخر في بيعه بالدنانير، فلا يخلو حال ما اختلفا فيه من ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون غالب نقد البلد وجنس الحق هو ما أذن به المرتهن دون الراهن، فلا يجوز للعدل أن يبيعه بما أذن به المرتهن ولا بما أذن به الراهن، أما ما أذن به الراهن فلأن حق المرتهن في غيره وأما ما أذن به المرتهن فلان ملك الرقبة لغيره.

والضرب الثاني: أن يكون غالب نقد البلد وجنس الحق ما إذن به الراهن دون المرتهن، فهذا يبيعه العدل بما أذن به الراهن دون المرتهن، لأن المرتهن يملك إمساك الرهن ثم الإذن في بيعه إما بجنس الحق أو بغالب نقد البلد، فإذا أذن في بيعه بغيرهما، كان إذناً في البيع داعياً إلى بيعه بما لا يستحق، فكان إذنه ماضياً وما دعى إليه من بيعه بما لا يستحق مردوداً، فلذلك جاز القول ببيعه بما أذن به الراهن ولم يقف ذلك على إذن الحاكم. لأن إذن الحاكم إنما يكون موقوفاً على اجتهاده في تقليب قول أحدهما.

والضرب الثالث: أن يكون غالب النقد ما أُذن فيه أحَدهما إما الراهن أو المرتهن وجنس الحق ما أذن به الآخر إما الراهن أو المرتهن، فليس للعدل أن يبيعه بما قال كل واحد منهما لأن لكل واحد منهما حقاً فيما دعا إليه فافتقر إلى إذن الحاكم ليكون موقوفاً على اجتهاده، فأما الشافعي فإنه أطلق القول في اختلافهما بأن ليس للعدل بيعه بقول واحد منهما وساعده أصحابنا على هذا الإطلاق، وإطلاقه عندي محمول على ما وصفت لأن تعليله يقتضيه.

فصل: فإذا ثبت أن ليس للعدل بيعه إذا اختلفا على ما وصفت فقد قال الشافعي: وجاء العدل إلى الحاكم حتى يأمره بالبيع بنقد البلد، وفي هذا الكلام إضمار لأن العدل لا ينبغي له أن يأتي الحاكم ابتداء إذ ليس في بيعه حق له ولا عليه فيأتي الحاكم مستعدياً، وإنما الحق للراهن والمرتهن وإضمار ذلك أن الراهن أو المرتهن، جاء إلى الحاكم مستعدياً فإن الحاكم يحضر العدل حتى يأمره ببيعه بنقد البلد إذا كان الحظ لهما. فإن كان نقد البلد من جنس الحق تقدم بدفعه إلى المرتهن وإن كان من غير جنسه تقدم بصرفه في جنس الحق ثم دفعه إلى المرتهن والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ تَغَيَّرَتْ حَال الْعَدْلُ فَأَيُّهُمَا دَعَا إِلَى إِخْرَاجِهِ كَانَ ذَلِكَ لَهُ».

قال الماوردي: وأما العدل فهو نائب عن الراهن في حفظ الملك وعن المرتهن في حبس الرهن، فإذا اتفقا على وضع الرهن على يد عدل أو شرطا ذلك في عقد الرهن فإن اتفقا على إخراجه من يده ووضعه في يد غيره فذاك لهما سواء تغيرت حال العدل أم لا، وإن اتفقا على إقراره في يده والإذن له ببيعه فذاك لهما سواء تغيرت حال العدل أم لا وإن دعا أحدهما إلى إخراجه ودعا الآخر إلى إقراره في يده، فإن كان العدل على ما كان عليه من عدالته لم يتغير حاله فالقول قول من دعا إلى إقراره في يده، لأنه يستصحب حكماً لزم بعقد واتفاق، وإن كان العدل قد تغيرت حاله بأحد ثلاثة أمور:

إما لفسق في دينه، أو عجز في حفظه، أو عداوة ظهرت منه لمالك الرهن أو مرتهنه فالقول قول من دعا إلى إخراجه يده؛ لأن فيه حفظاً لحقه فإذا أخرج من يده قال لهما الحاكم: اتفقا على اختيار عدل يوضع على يديه، فإن اتفقا على اختياره وضعه في يده.

وإن لم يتفقا واختار الراهن عدلاً واختار المرتهن عدلاً وضعه الحاكم على يد عدل يختاره لهما سواء كان العدل الموضوع على يده الرهن مشروطاً في عقد الرهن أو متفقاً عليه بعد الرهن، في أن الحكم في وجوب إقراره في يده سواء.

فصل: إذا طلب المرتهن أن يوضع الرهن على يده لحق وثيقته وأبى الراهن. لم يجبر الراهن على وضعه في يد المرتهن لأجل ملكه، كما لا يجبر المرتهن على وضع الرهن في يد الراهن لأجل استيثاقه، وأمرهما الحاكم باختيار عدل بوضع على يده، فإن اتفقا على اختيار عدل وإلا اختار الحاكم لهما عدلاً، ووضعه على يده، فلو تعدى المرتهن فأخذ الرهن من يد الراهن، صار ضامناً له، فإن رده على الراهن سقط عنه الضمان ولم يبطل الرهن، ولو كان الرهن على يد عدل فأخذه المرتهن من يده لزمه ضمانه كما لو رده إلى يد الراهن فإن رده على العدل سقط عنه الضمان كما لو رده إلى يد المرتهن، لأن العدل وكيل الراهن والله أعلم.

فصل: إذا رضي الراهن بترك الرهن في يد المرتهن، ثم سأل إخراجه من يده إلى غيره، فإن تغيير حال المرتهن وجب إخراجه من يده ووضعه على يد عدل يرضيان به، أو يرضاه الحاكم لهما إن اختلفا، وإن لم يختلف يتغير حال المرتهن، وجب إقراره في يده، كما يجب إقراره في يد العدل لو لم يتغير حاله، فلو مات المرتهن لم يلزم الراهن أن يقره في يد وارثه أو وصيه وإن كان عدلاً إلا أن يختاره، وقيل لوارثه إن كان بالغاً أو لوصيه: تراض أنت والراهن بعدل يوضع على يده فإن تراضيا وإلا اختار الحاكم لهما عدلاً والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ ارَادَ الْعَدْلُ رَدَّهُ وَهُمَا حَاضِرَانِ فَذَلِكَ لَهُ وَلَوْ دَفَعَهُ بِغَيْرِ أَمْرِ الْحَاكِمِ مِنْ غَيْرِ مَحْضَرِهِمَا ضَمِنَ وَإِنْ كَانَا بَعِيدَي الغَيْبَةِ لَمْ أَرَ أَنْ يَضْطَرَّهُ عَلَى حَبْسِهِ وَإِنَّمَا هِيَ وِكَالَةٌ لَيْسَتْ لَهُ فِيهَا مَنْفَعَةٌ وَأَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ إِلَى عَدْلٍ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن العدل الموضوع على يده الرهن نائب عن الرهن والمرتهن في حفظ الراهن، فإذا أراد ردّ الرهن فلا يخلو حاله من أحد أمرين، إما أن يكون مستأجراً أو متطوعاً، فإن كان مستأجراً مدة معلومة بأجرة معلومة فليس له رد الرهن قبل مضي المدة لأن عقد الرهن لازم، وإن كان متطوعاً فله رده قبل مضي المدة لأنها أمانة محضة، وإذا كان له رده فلا يخلو حال الراهن والمرتهن من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكونا حاضرين، فالواجب على العدل أن يرده عليهما وليس له مع حضورهما أن يرده على أحدهما ولا على غيرهما من حاكم أو عدل، فإن دفعه إلى غيرهما، كان ضامناً، وإن رده عليهما ليس له أن يخرجه من الحرز لرده عليهما إلا بإذنهما فإن أخرجه بغير إذنها ضمنه لتعديه بإخراجه فإن لم يقبلا منه الرهن فينبغي أن يأتي الحاكم حتى يأمرهما بأخذه من يده من غير إخراجه إلى الحاكم، فإن أجابا الحاكم إلى أخذه منه وإلا ارتضى لهما عدلاً وأمره بتسليم الرهن إليه.

والحالة الثانية: أن يكونا غائبين فإن حضر لهما وكيل مطلق التصرف فإنه يقوم مقامهما، فإن عدل عن تسليمه إلى غيره من حاكم أو عدل ضمنه، وإن لم يكن لهما وكيل حاضر فلا يخلو العدل في رد الرهن من أحد أمرين:

إما أن يكون معذوراً أو غير معذور، فإن كان معذوراً لسفر يريده أو مرض يعجزه أتى الحاكم فسلمه إليه ليضعه الحاكم على يد عدل يرضاه لهما سواء كان بعيدي الغيبة أم لا. وليس للحاكم أن يضطره على تركه بيده لما فيه من دخول المضرة عليه. فإن عدل عن تسليمه إلى الحاكم وسلمه إلى عدل ثقة أشهد عليه شاهدين فإن كان قد فعل ذلك لعدم حاكم أمين ففي وجوب الضمان عليه وجهان من المودع أظهرهما وجوب الضمان عليه، وإن كان غير معذور فلا يخلو حال سفر الراهن والمرتهن من أحد أمرين إما أن يكون طويلاً أو قصيراً، فإن كان سفرهما طويلاً رفعه إلى الحاكم ليسلمه إلى عدل يرضاه لهما كما لو كان معذوراً ولا يجوز للحاكم أن يضطره على تركه بيده، وإن كان سفرهما قصيراً على مسافة أقل من يوم وليلة، أمره الحاكم بتركه في يده وأنفذ إلى الراهن والمرتهن ليختارا عدلاً يوضع على يده. لأنهما ربما رضيا غير من يختاره لهما، فإن اختارا عدلاً أمره بتسليم الرهن إليه وإن لم يختارا عدلاً اختار الحاكم لهما عدلاً وأمره بتسليم الرهن إليه.

والحالة الثالثة: أن يكون أحدهما حاضراً والآخر غائباً. فلا يجوز للعدل تسليمه إلى الحاضر منهما لما فيه من حق الغائب، فإن حضر للغائب وكيل مطلق التصرف تراضى الحاضر ووكيل الغائب بعدل يضعانه على يده فإن ارتضيا بعدل وإلاّ ارتضى لهما الحاكم عدلاً، فإن لم يكن للغائب وكيل حاضر، ناب الحاكم عن الغائب في اختيار عدل يوضع على يده.

فصل: وإن سافر العدل بالرهن كان ضامناً له سواء كان الراهن والمرتهن حاضرين أو كانا غائبين لأن في السفر تغريراً به فإن قال إنما سافرت به إليهما لا ردّه عليهما لم يسقط عنه الضمان لعدم إذنهما فلو لقيهما في السفر فسألهما أخذ الرهن منه لم يلزمهما أخذه.

ووجب على العدل رده إلى البلد إلا أن يتفقا على أخذه في السفر فيبرأ منه بأخذهما له، فلو رضي أحدهما بأخذه، منه في السفر ولم يرض الآخر لم يجبر الممتنع على أخذه ولم يكن للعدل أن يدفعه إلى الراض بأخذه وكان في ضمانه وعليه ردّه إلى بلده.

فصل: إذا وضع الراهن والمرتهن الرهن على يدي عدلين فعليهما أن يشتركا في حفظه وإحرازه، فإن أراد العدلان أن يقرا الرهن في يد أحدهما أو يقسمانه ليكون في أيديهما فلا يخلو حال الراهن والمرتهن من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يأذنا لهما بذلك، فيجوز للعدلين فعله لصريح الإذن به.

والحالة الثانية: أن ينهياهما عن ذلك، فلا يجوز للعدلين فعله لصريح النهي عنه، فإن فعلا ذلك نظر، فإن اقتسماه فعلى كل واحد منهما ضمان نصفه وهو القدر الذي خرج من يده إلى يد صاحبه وإن لم يقتسماه ولكن اتفقا على إقراره في يد أحدهما فعلى المخرج له من يده ضمان جميعه وليس على من هو في يده ضمان.

والحالة الثالثة: أن يطلق الراهن والمرتهن ذلك من غير تصريح بإذن ولا نهي ففي جواز ذلك قولان: حكاهما ابن سريج:

أحدهما: لا يجوز لأن الراهن والمرتهن لم يرضيا بأمانة أحدهما فإن فعلا لزم الضمان على ما وصفناه، والقول الثاني يجوز لما فيه من الرفق بهما فعلى هذا إن كان الرهن مما لا يقسم جاز أن يتفقا على كونه في يد أحدهما ولا ضمان على الآخر، وإن كان مما يقسم جاز أن يقسماه ليكون في يد كل واحد منهما نصفه ولا ضمان على واحد منهما.

فإن لم يقتسماه واتفقا على كونه في يد أحدهما ففي وجوب الضمان على المخرج له من يده وجهان حكاهما ابن سريج:

أحدهما: لا ضمان عليه.

والثاني: عليه ضمان نصفه.

مسألة: قَالَ **الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ جَنَى المَرْهُونُ عَلَى سَيِّدِهِ فَلَهُ القِصَاصُ فَإِنْ عَفَا فَلَا دَيْنَ لَهُ عَلَى عَبْدِهِ وَهُوَ رَهْنٌ بِحَالِهِ».

قال الماوردي: وصورتها في عبد مرهون جنى على سيده فلا يخلو حال جنايته من أحد أمرين:

إما أن يكون على نفسه أو في طرف من أطرافه، فإن كانت الجناية على طرف من أطرافه فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون خطأ فهي هدر ولا قود فيهما ولا أرش لأن القود لا يجب في الخطأ والأرش لا يجب للسيد لأن ملكه لمحل الأرش سابقاً.

والضرب الثاني: أن يكون عمداً توجب القود فللسيد أن يقْتصَّ منه لأن القصاص موضوع للردع وحراسة النفوس، قال الله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩] فاستوى حكم السيد وغيره في القصاص فإن عفا السيد عن القصاص إلى الأرش صارت

هـدراً يسقط القصاص ولا يجب الأرش لمـا ذكـرنـا من ملكـه لمحـل الأرش، فلو لم يقتص السيد من عبده المرهون ولا عفا عنه حتى مات السيد من غير الجناية كان لوارثه القصاص من العبد المرهون فإن عفا الوارث عن القصاص إلى الأرش سقط القصاص ولم يجب لـه الأرش لأنه يحل محل السيد فملك عنه ما كان السيد مالكاً له.

فصل: فإذا ثبت أن للسيـد أن يقتص منه في العمـد، فقد اختلف أصحـابنا هـل له أن يقتص منه بنفسه أو يقتص له السلطان؟ على وجهين:

أحدهما: يجوز أن يقتص منه كما يجوز أن يحده إذا زنا.

والـوجـه الثـاني: لا يجـوز أن يقتص منـــه حتى يقتص السلطان لـه لأنـــه الخصم في القصاص والخصم في القصاص لا يجوز أن يستوفي القصاص كالأجنبي.

فصل: وإن كانت الجناية على نفسه فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون خطأ ففيها قولان:

أحدهما: أنها تكون هدراً فلا شيء لوارثه.

كما لو جنى على طرف من أطرافه.

والقول الثاني: أنها لا تكون هدراً ولهم إخراجه من الرهن وبيعـه في الجنايـة وهذان القولان مبنيان على اختلاف قولي الشافعي في الدية متى تجب فأحد قوليه أنها تجب للمقتول في آخر جزء من حياته لأنه قد يقضي منهـا ديونـه، وتنفذ فيهـا وصايـاه فدل على وجـوبها في ملكه، فعلى هذا القول تكون الجناية هـدراً لأن السيد لا يثبت لـه في رقبة عبـده مال، فعلى هذا يكون العبد رهناً بحاله.

والقول الثاني: أنها تجب في ملك الورثة لأن الديـة بدل فلم يستحق وجـوبها مـع بقاء نفسه، فعلى هذا القول لا يكون هدراً وتجب الديـة في رقبته ولهم إخـراجه من الـرهن وبيعه فيهـا فعلى هذا إذا بيـع في الجنايـة بطل الـرهن وكان حق المـرتهن واجباً في التـركة كسـائر الغرماء.

والضرب الثاني: أن تكون جناية عمد توجب القود فللوارث إذا كان بالغاً ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يطلب القود ويريد القصاص فذلـك له، لأن السيـد قد يجب لـه القصاص على عبده لأنه لا يملك محـل القصاص قبـل الجنايـة فجاز أن يملكـه بالجنـاية، وهـو يملك محل الأرش قبل الجناية فلم يجز أن يملكه بـالجنايـة، وإذا اقتص منه الـوارث بطل الـرهن وتعلق حق المرتهن بالتركة كسائر الغرماء.

والحالة الثانية: أن يعفو الوارث عن القصاص على غير مال، فقد سقط حكم الجناية وكان العبد، هاهنا رهناً على حاله يقدم المرتهن بثمنه على جميع غرمائه.

والحالة الثالثة: أن يعفو عن القود إلى الدية ليباع العبد فيها ففي جواز ذلك قولان نص عليهما في الأم بناء على ما ذكرنا من اختلاف قوليه في دية المقتول متى تجب؟

أحدهما: أن الجناية صارت هدراً لعفوه عن القود فعلى هذا يكون العبد رهناً على حاله يقدم المرتهن بثمنه على جميع الغرماء.

والقول الثاني: قد وجبت له الدية في رقبته فيباع فيها فإذا بيع بطل الرهن وكان ثمن العبد المأخوذ من الديّة مضموناً إلى التركة على القولين معاً لتقضى منها ديون السيد الراهن وتنفذ منها وصاياه ويكون المرتهن في ثمنه وجميع الغرماء أسوة كما يكونوا في جميع التركة أسوة.

فصل: فلو جنى العبد المرهون على ابن سيده أو على أبيه، ومات من جنايته فورثه السيد، فللسيد أن يقتص منه ثانية، وله أن يفعو عن القصاص إلى الدية فيخرجه من الرهن ويبيعه فيها، نص عليه الشافعي في كتاب الأم لأنه ملك ذلك عن ابنه ولم يمتنع أن يستحق الأرش في رقبته كما كان يستحقه الابن الوارث قائم مقام مورثه.

فصل: إذا جنى المكاتب على سيده فللسيد أن يقتص منه إن كانت عمداً ويجب عليه أرشها إن كانت خطأ بخلاف العبد لأن السيد قد يجب له على مكاتبة مال من غير الجناية، فجاز أن يجب له عليه أرش الجناية ـ إذ ليس يملك محل الأرش قبل الجناية، ولما لم يجب للسيد على عبده مال من غير الجناية لم يجب له عليه أرش الجناية، فلو عجز المكاتب قبل أداء الأرش لسيده سقط الأرش لأنه صار بالعجز عبداً، والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ جَنَى عَبْدُهُ المَرْهُونُ عَلَى عَبْدٍ لَهُ آخَرَ مَرْهُونٍ فَلَهُ القَصَاصُ فَإِنْ عَفَا عَلَى مَالٍ فَالْمَالِ مَرْهُونٌ فِي يَدَيْ مُرْتَهَنِ الْعَبْدِ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ بِحَقِّهِ الَّذِي بِهِ أَجَزْتُ لِسَيِّدِ الْعَبْدِ أَنْ يَأْخُذَ الْجِنَايَةَ مِنْ عُنُقِ عَبْدِهِ الْجَانِي».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

وصورتها في عبد مرهون جنى على عبد لسيد آخر، فلا يخلو حال العبد المجني عليه من أحد أمرين، إما إن يكون مرهوناً أو غير مرهون، فإن كان العبد المجني عليه غير مرهون. فلا يخلو حال الجناية من أحد أمرين، إما أن تكون عمداً أو خطأ، فإن كانت خطأ فهي هدر لأنها توجب المال والسيد لا يثبت له في رقبة عبده مال، وإن كانت عمداً توجب القود فالسيد

بالخيار بين أن يقتص من العبد الجاني وبين أن يعفو، فإن عفا صارت الجناية هدراً وكان العبد الجاني رهناً بحاله، وإن اقتص منه فذلك له ردعاً للجاني إن كان القصاص في طرفه وزجراً لغيره إن كان في نفسه لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩] فإن كان القصاص في نفسه بطل الرهن، وإن كان القصاص في طرف من أطرافه كان رهناً بحاله.

فصل: وإن كان العبد المجني عليه مرهوناً فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون مرتهناً عند مرتهن ثان غير مرتهن العبد الجاني فلا يخلو حال الجناية من أحد أمرين، إما أن تكون عمداً أو خطأ، فإن كانت خطأ فأرشها ثابت في رقبة الجاني لتعلق حق المرتهن برقبة المجني عليه وإذا كان كذلك فلا يخلو حال الأرش من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون أقل من قيمة الجاني.

والثاني: أن يكون أكثر من قيمته.

والثالث: أن يكون مثل قيمته.

فإن كان الأرش أقل من قيمة الجاني بأن كانت قيمة الجاني ألف درهم وأرش الجناية خمسمائة فالواجب أن يباع من الجاني بقدر الأرش وذلك نصفه ويكون النصف الثاني رهناً بحاله، ويؤخذ ثمن ما بيع من الأرش فيوضع رهناً مكان المجني عليه، أو قصاصاً من الحق المرهون فيه وإن كان أرش الجناية مثل قيمة الجاني أو كان أرشها أكثر من قيمة الجاني فهما سواء وفيه وجهان:

أحدهما: أن ينقل الجاني من الرهن فيوضع رهناً في يدي مرتهن العبد المجني عليه من غير بيع لأن بيعه إنما يجوز ليكون الفاضل من ثمنه رهناً في يد مرتهنه فإذا استوعبت الجناية جميع قيمته، لم يكن لبيعه وارتهان ثمنه معنى.

والوجه الثاني: أن الجاني يباع ويوضع ثمنه رهناً مكان المجني عليه لجواز حدوث راغب يشتريه بأكثر من أرش جنايته. فيكون الفاضل منها رهناً بيد مرتهنه وهذا أصح الوجهين إلا أن يقطع بعدم الزيادة وإن كانت الجناية عمداً فالسيد بالخيار بين أن يقتص من الجاني وبين أن يبيعه في الأرش، فإذا أراد القصاص فذاك له، فإذا اقتص منه وكان القصاص في النفس فقد بطل الرهن، وإن كان في طرف كانا بعد الجناية والقصاص رهناً بحالهما، وإن عدل عن القصاص إلى المال فذلك له ويكون حكم الأرش كحكم الأرش في جناية الخطأ على ما مضى.

فصل: **والضرب الثاني**: أن يكون العبد المجني عليه مرهوناً عند مرتهن العبد الجاني فيكون مرتهنهما واحداً، فهذا على ضربين،

أحدهما: أن يكونا مرهونين في حق واحد فالحكم فيه على ما ذكرنا في المجني عليه لو كان غير مرهون فإن كانت الجناية خطأ فهو هدر لأن تعلق حق المرتهن بالمجني عليه كتعلقه بالجاني، فلم يكن لبيع الجاني في أرش الجناية معنى، وإن كانت عمداً فالسيد بالخيار بين أن يقتص أو يعفو عنه، فإن اقتص منه بطل الرهن فيهما جميعاً إن كان القصاص في النفس، وإن عفا عن القصاص صارت هدراً وكان الجاني على حاله رهناً.

والضرب الثاني: أن يكونا مرهونين عند مرتهن واحد بحقين في عقدين فهذا على أربعة أضرب:

أحدها: أن يستوي قدر الحقين وتستوي قيمة العبدين.

والضرب الثاني: أن يختلف قدر الحقين وتختلف قيمة العبدين.

والضرب الثالث: أن يستوي قدر الحقين وتختلف قيمة العبدين.

والضرب الرابع: أن يختلف قدر الحقين وتستوي قيمة العبدين.

فصل: فأما الضرب الأول: وهو أن يستوي قدر الحقين وتستوي قيمة العبدين فمثاله أن يكون كل واحد من الحقين ألفاً وقيمة كل واحد من العبدين ألفاً، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يستوي وصف الحقين بأن يكون كل واحد منهما حالاً أو يكون كل واحد منهما مؤجلاً، فالجناية هدر لأنه لا يستفيد المرتهن بنقل ثمن القاتل إلى موضع المقتول شيئاً.

والضرب الثاني: أن يختلف وصف الحقين بأن يكون أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً، فللمرتهن بيع القاتل ووضع ثمنه موضع المقتول، ولا تكون الجناية هدراً لأنه إن كان المقتول رهناً في الحال والقاتل في المؤجل استفاد ببيع القاتل أن يصير ثمنه رهناً في معجل بعد أن كان رهناً في مؤجل، وإن كان القاتل في المعجل والمقتول في المؤجل فقد يكون الراهن موسراً في الحال يقدر على أداء المعجل ولا يأمن المرتهن أن يعسر الراهن عند حلول المؤجل فيستفيد المرتهن ببيع القاتل أن يعتبر ثمنه رهناً قيماً يخاف إعسار الراهن به في المؤجل.

فصل: وأما الضرب الثاني: وهو أن يستوي قدر الحقين وتختلف قيمة العبدين فمثاله

أن يكون قدر كل واحد من الحقين ألفاً، وتكون قيمة أحد العبدين ألفاً والآخر خمسمائة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون القاتل أكثرهما قيمة من المقتول، فللراهن أن يبيع من القاتل بقدر قيمة المقتول وهو النصف فيكون رهناً مكان المقتول، ولا تكون الجناية هدراً لأن المرتهن قد يستفيد بها أن يعتبر له في كل واحد من الحقين رهناً.

والضرب الثاني: أن يكون القاتل أقل قيمة من المقتول وهو أن تكون قيمة القاتل خمسمائة وقيمة المقتول ألفاً فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون القاتل رهناً في أكثر الحقين فالجناية هدر لأن المرتهن لا يستفيد بنقل ثمنه إلى أقل الحقين شيئاً بل يعتبر مستضراً.

والضرب الثالث: أن يكون القاتل رهناً في أقل الحقين فللمرتهن بيع القاتل وترك ثمنه رهناً مكان المقتول ولا تكون الجناية هدراً لأن المرتهن يستفيد بها أن يصير الثمن رهناً في أكثر الحقين.

فصل: وأما الضرب الرابع وهو أن يختلف قدر الحقين وتستوي قيمة العبدين، فمثاله أن يكون قدر أحد الحقين ألفاً والآخر خمسمائة. وتكون قيمة كل واحد من العيدين ألفاً فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون القاتل رهناً في أكثر الحقين فالجناية هدر؛ لأن المرتهن لا يستفيد بنقل قيمته إلى موضع القاتل شيئاً بل يصير مستضراً.

والضرب الثاني: أن يكون القاتل رهناً في أقل الحقين فللمرتهن بيع القاتل وترك ثمنه رهناً المقتول ولا تكون الجناية هدراً لأن المرتهن يستفيد بها أن يصير الثمن رهناً في أكثر الحقين، بعد أن كان رهناً في أقلهما فهذا حكم جناية العبد المرهون على عبد الراهن مرهون وغير مرهون، وكذلك لو جنى على مدبره وأم ولده.

فصل: فأما إذا جنى العبد المرهون على مكاتب لسيده فلا يخلو حال الجناية من أحد أمرين:

أن تكون على نفسه أو على طرفه، فإن كانت الجناية على نفسه فحكمها حكم الجناية على عبد سيده، لأن المكاتب إذا مات على كتابته مات عبداً، فإن كانت الجناية خطأً فهي هدر، وإن كانت عمداً فللسيد القصاص فإن عفا عن القصاص صارت الجناية هدراً، فإن كانت الجناية على طرف المكاتب، نظر فإن كانت خطأً ثبت للمكاتب أرش الجناية في رقبة

العبد الجاني فيباع فيها وإن كان ملكاً لسيده، حق لأن المكاتب قد يصح أن يثبت له حق على سيده فكذا يصح أن يثبت له حق في رقبة عبد سيده، فإن كانت عمداً فالمكاتب بالخيار بين أن يقتص أو يعفو عن القصاص إلى الأرش أو يعفو عن القصاص والأرش فإن قيل أليس المكاتب ممنوع من العفو عن المال فكيف يصح عفوه عن الأرش وهو مال؟ قلنا: إنما منع من العفو لحق السيد وحفظ ماله وهذا حق على السيد فصح عفوه عنه، فلو لم يقتص المكاتب ولا أخذ الأرش حتى مات على كتابته فللسيد أن يقتص من عبده الجاني وله أن يبيعه في الأرش، لأنه وإن لم يصح أن يثبت له ابتداء في رقبة عبده الأرش، فهو إنما يملك ذلك عن المكاتب الذي قد كان مالكاً للأرش والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا يَمْنَعُ الْمُرْتَهَنُ السَّيِّدَ مِنَ الْعَفْوِ بِلَا مَالٍ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ فِي الْعَبْدِ مَالٌ حَتَّى يَخْتَارَهُ الْوَلِيّ وَمَا فَضَلَ بَعْدَ الْجِنَايَةِ فَهُوَ رَهْنٌ».

قال الماوردي: اعلم أن الجناية على العبد المرهون ضربان:

أحدهما: أن تكون خطأ يوجب المال.

والثاني: أن تكون عمداً يوجب القود، فإن كانت خطأ يوجب المال فعلى أربعة أضرب:

أحدها: ما استوى فيه ضمان الجناية وضمان الغصب.

والثاني: ما يضمن بالجناية ولا يضمن بالغصب.

والثالث: ما يزيد فيه ضمان الجناية على ضمان الغصب.

والرابع: ما ينقص فيه ضمان الجناية عن ضمان الغصب.

فأما الضرب الأول: وهو ما استوى فيه ضمان الجناية وضمان الغصب ففي ثلاثة أحوال في النفس التي يجب فيها كمال القيمة بالجناية كما يجب فيها كمال القيمة بالغصب.

والثانية: فيما لا يتقدر أرشه من الجراح، يجب فيه ما بين القيمتين كما يجب في نقص الغصب ما بين القيمتين.

والثالث: فيما يتقدر أرشه من الجراح والأطرف إذا ساوى بالاتفاق ضمان الجناية فيه ضمان الغصب فيكون الواجب بالجناية في هذه الأحوال الثلاثة رهناً يتعلق به حق المرتهن.

وليس للراهن العفو عنه بغير إذن المرتهن، لأن حقه قد تعلق بأرش الجناية كما كان متعلقاً برقبة العبد قبل الجناية، وإن عفا عن الأرش بغير إذن المرتهن كان عفوه باطلاً

وللمرتهن أخذ الأرش من الجاني ليكون رهناً مكان العبد أو قصاصاً من الحق فإن أخذ المرتهن الأرش فكان رهناً مكان العبد أو قصاصاً من الحق، ثم أن الراهن قضى المرتهن حقه من ماله، فللمرتهن أن يأخذ الأرش ويتملكه ولا يلزمه أن يرده على الجاني لأجل ما تقدم من عفوه؛ لأن عفوه وقع باطلاً لم يبرىء الجاني فكان الأرش مأخوذاً منه بحق لازم فلم يجب ردّه عليه.

وأما الضرب الثاني وهو ما يضمن بالجناية ولا يضمن بالغصب فمثاله أن يقطع الجاني ذكره فتجب فيه كمال قيمته ولا ينقص ذلك من قيمته فتصير هذه القيمة بالجناية مضمونة، وبالغصب غير مضمونة، وإذا كان كذلك فالقيمة الواجبة بهذه الجناية يختص بها الراهن ولا تكون رهناً يتعلق به حق المرتهن كالنماء لأن حق المرتهن فيما قابل النقص المضمون بالغصب، ولو عفا الراهن عنه صح عفوه وبرىء الجاني منه، لأنه عفا عما لم يتعلق به حق المرتهن فكان عفوه صحيحاً والله أعلم.

فصل: وأما الضرب الثالث: وهو ما يزيد فيه ضمان الجناية على ضمان الغصب فمثاله: أن يقطع أذنيه فيجب فيه كمال قيمته ويكون الناقص منه بهذه الجناية نصف قيمته وهو القدر المضمون بالغصب فيكون نصف القيمة وهو قدر ما يضمن بالغصب وهنا يتعلق به حق المرتهن والنصف الباقي الزائد بالجناية المقدرة على ضمان الغصب المعتبر بالنقص يختص به الراهن ولا يتعلق به حق المرتهن فلو عفا الراهن عن هذه الجناية صح عفوه عن ما يختص به من ضمان الجناية الزايد على ضمان الغصب وهو النصف لأنه خالص له لا يتعلق به حق المرتهن، ولم يصح عفوه عن نصف القيمة الذي يضمنه بالغصب لتعلق حق المرتهن به، فلو كان الجاني قد قطع أنفه ولسانه، فواجب عليه قيمتان، وكان ما نقص من قيمته بهذه الجناية النصف. لتعلق حق المرتهن بنصف القيمة رهناً واختص الراهن بالباقي وهو قيمة ونصف.

فلو عفا الراهن صح عفوه عن قيمة ونصف وهو قدر ما يختص به ولم يصح عفوه عن نصف القيمة لتعلق حق المرتهن به.

وأما الضرب الرابع: وهو ما ينقص فيه ضمان الجناية عن ضمان الغصب فمثاله أن تقطع إحدى يديه فيجب عليه نصف القيمة ويكون الناقص منه بهذه الجناية ثلاثة أرباع القيمة، فليس على الجاني أكثر من نصف القيمة لأنه يضمنه بالجناية ويكون النقص الزايد على ذلك غير مضمون كالشيء التالف، ويكون نصف القيمة المأخوذة رهناً يتعلق به حق المرتهن، فلو عفا الراهن عنه لم يصح عفوه عن شيء منه. فهذا حكم الجناية إذا كانت خطأ توجب المال.

فصل: فإن كانت الجناية عمداً توجب القود فللراهن أربعة أحوال:

أحدها: أن يطلب القصاص دون المال **والثانية** أن يعفو عن القصاص إلى المال، **والثالثة** أن يعفو عن القصاص وعن المال، **والرابعة** أن يعفو عن القصاص ولا يصرح بالعفو عن المال.

فأما الحالة الأولى: وهي أن يطلب القصاص دون المال فله أن يقتص ولا يأخذ المال وليس للمرتهن منعه من القصاص وجبره على أخذ المال، **وأما الحال الثانية** وهي أن يعفو عن القصاص إلى المال فله ذلك وليس للمرتهن منعه من المال وجبره على القصاص، **وأما الحالة الثالثة** وهي أن يعفو عن القصاص وعن المال فيصح عفوه عن القصاص وإن كان بغير إذن المرتهن لأنه لاحظّ فيه للمرتهن وهل يصح عفوه عن المال بغير إذن المرتهن فيما قابل ضمان الغصب أم لا؟ على قولين مبنيين على اختلاف قولي الشافعي في جناية العمد ما الذي توجب؟ وأحد القولين أنها توجب القود.

فأما المال فلا يجب إلا باختيار الولي وعلى هذا يصح عفوه لأن المال لا يجب إلا باختياره وهو لا يجبر على اختيار المال، والقول الثاني أنها توجب أحد شيئين، إما القود أو المال فعلى هذا لا يصح عفوه عن المال لتقدم وجوبه وتعلق حق المرتهن به كجناية الخطأ.

وأما الحال الرابعة: وهو أن يعفو عن القصاص ولا يصرح بالعفو عن المال ولا يختاره، فقد سقط القصاص بعفوه وفي المال قولان، أحدهما أنه واجب إذا قيل إن جناية العمد توجب القود أو المال لأن العفو عن أحد الحقين لا يكون عفواً عن الآخر، والقول الثاني أن المال لا يجب وقد سقطت المطالبة به إذا قيل إن المال في جناية العمد لا يجب إلا باختيار الولي والاختيار لم يوجد منه فيجب المال به وقد سقط خياره، لأنه على الفور بعد عفوه.

فصل: قد مضى الكلام في جناية الأجنبي على العبد المرهون عمداً أو خطأ، فأما جناية السيد على عبده المرهون فهي مضمونة عليه بالأرش ضمان غصب لما تعلق برقبته من حق المرتهن، فلو كان السيد قد قطع إحدى يديه وجب عليه ما نقص من قيمته، ولم يتقدر ذلك بنصف القيمة كالأجنبي، فإن كان الناقص من قيمته بالقطع نصف القيمة وجب عليه النصف، وقد استوى النقص بها والمقدر فيها، وإن كان الناقص بالقطع ثلث القيمة وجب عليه الثلث ويكون النقص بها أقل من المقدر فيها، وإن كان الناقص من قيمته بالقطع ثلثا القيمة وجب عليه الثلثان ويكون النقص بها أكثر من المقدر فيها، فإن قيل: أفيجب على السيد بجناية أكثر مما يجب على الأجنبي بجنايته؟ قيل: لما اختلف سبب وجوب الضمان عليهما فكان مضموناً على الأجنبي بالجناية وعلى السيد بالغصب وجب أن يعتبر في الأجنبي

ضمان المقدر بالجنايات سواء كان أكثر من النقص أو أقل وفي السيد ضمان النقص بالغصب سواء كان أكثر من المقدر أو أقل، فإن ضمنه الأجنبي بالغصب والجناية لزمه ضمان أكثر الأرشين من المقدر بالجناية أو النقص بالغصب.

مثاله: أن يغصبه أجنبي ثم يقطع يده، فإن نقص من قيمته بالقطع أقل من نصف القيمة ضمنه الجاني بنصف القيمة ضمان الجناية لأنه أكثر الأرشين، وكان الزايد على النقص يختص به الراهن وإن نقص من قيمته بالقطع أكثر من نصف القيمة ضمنه الجاني بالنقص ضمان غصب ولم يضمنه بالنصف لأن ضمان الغصب أكثر الأرشين، ويكون جميع ذلك رهناً لا يختص الراهن بشيء منه والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِقْرَارُ الْعَبْدِ الْمَرْهُونِ بِمَا فِيهِ قَصَاصٌ جَائِزٌ كَالْبَيِّنَةِ وَمَا لَيْسَ فِيهِ قَصَاصٌ فَإِقْرَارُهُ باطل».

قال الماوردي: وهذا صحيح. قد مضى هذا الفصل في كتاب البيوع بتمامه، وجملته أن إقرار العبد المرهون بالجناية كإقرار غير المرهون على ما تقدم في كتاب البيوع فإن كانت الجناية خطأ توجب المال، كان إقراره مردوداً يتبع به إذا أعتق وأيسر ولا يتعلق برقبته لأمرين:

أحدهما: أن رقبته ملك لسيد العبد وإقرار المقر لا ينفذ في ملك الغير.

والثاني: أنه متهم في إقراره، لأن إقراره إضرار بسيده للخلاص من يده والمتهم في إقراره مردود الإقرار كالسفيه.

فصل: وإذا كانت جنايته عمداً توجب القود، كان إقراره نافذاً مقبولاً وقال زفر بن الهزيل ومحمد بن الحسن وأبو إبراهيم المزني وداود بن علي: إقراره بما يوجب القود مردود كإقراره بما يوجب المال.

استدلالاً بأن كل من لا يقبل إقراره في الخطأ لم يقبل في العمد، كالمجنون والصبي، ولأنه مقر في غير ملكه فوجب أن لا يقبل إقراره كالخطأ.

ودليلنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: مَنْ يُبْدِ لَنَا صَفْحَتَهُ نُقِمْ حَدَّ اللَّهِ عَلَيْهِ ولم يفصل بين حر وعبد، ولأن كل من لزمه الحد بإقراره لزمه القود بإقراره كالحر، ولأنه قتل يجب بإقرار الحر فوجب أن يجب بإقرار العبد كالردة.

وأما الجواب عن قياسهم فمنتقض بالسفيه يقبل إقراره في العمد ولا يقبل إقراره في الخطأ، فإن لم يلتزموه فالمعنى في المجنون أنه لما لم يجب عليه الحدّ بإقراره لم يجب عليه

القود بإقراره ولما وجب الحد على العبد بإقراره وجب عليه القود بإقراره، وأما قياسهم على إقراره بجناية الخطأ فالمعنى في جناية الخطأ لما كان متهماً فيها لم يصح إقراره بها ولما لم يتهم في جناية العمد نفذ إقراره بها.

فصل: إذا ثبت أن إقراره بجناية العمد مقبول فالمقر له بالخيار بين أن يقتص من العبد المقر وبين أن يعفو عن القصاص إلى المال وبين أن يعفو عن القصاص والمال فإن عفا عن الأمرين كان العبد رهناً بحاله وإن اقتص منه نظر، فإن كان القصاص في نفسه بطل الرهن، وإن كان في طرفه كان بعد القصاص رهناً بحاله. وإن عفا عن القصاص إلى المال ثبت المال في رقبته وبيع منه بقدر جنايته، فإن استغرق أرش الجناية جميع قيمته بيع وبطل الرهن ببيعه، وإن قابل بعض قيمته بيع منه بقدر جنايته وكان الباقي منه رهناً بحاله.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا جَنَى الْعَبْدُ فِي الرَّهْنِ قِيلَ لِسَيِّدِهِ إِنْ فَدَيْتَهُ بِجَمِيعِ الْجِنَايَةِ فَأَنْتَ مُتَطَوِّعٌ وَهُوَ رَهْنٌ وَإِنْ لَمْ تَفْعَلْ بِيعَ فِي جِنَايَتِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

أما جناية العبد المرهون فهي متعلقة برقبته كغير المرهون لا تلزم الراهن ولا تلزم المرتهن، وليس يجب على واحد منهما أن يفديه، أما المرتهن فإنه لا يملكه وأما الراهن فهو وإن كان مالكاً لرقبته فليست الجناية متعلقة بذمته وإنما هي في رقبة عبده، بدليل أن الرقبة إذا أتلفت بالجناية أو تلفت قبل استيفاء الجناية سقط الأرش.

فصل: فإذا ثبت أن الجناية واجبة في رقبة العبد دون سيده ومرتهنه فالمجني عليه لا يملك رقبته بجنايته، وإنما يملك استيفاء الأرش من رقبته ما لم يصل إليه من غير رقبته وقال مالك وأبو حنيفة قد صار المجني عليه مالكاً لرقبته بالجناية وعلى السيد تسليمه إليه. فإن شاء باعه وإن شاء تملكه استدلالاً بأن المجني عليه قد ملك الأرش واستحقه والحقوق المملوكة لا تخلو من أن تكون مستقرة في ذمة مضمونة كالديون، أو مستقرة في عين مملوكة كالإرث، فلما لم يكن أرش الجناية مضموناً في الذمة بدليل سقوطه بتلف الذمة ثبت أنه مستقر في الرقبة لاستحقاقه مع بقائها وسقوطه مع عدمها.

ودليلنا: هو أن رقبة العبد ملك لسيده والأعيان لا تملك عن أربابها بالجنايات كالفحل إذا صال فأتلف مالاً، لا يصير الفحل مملوكاً لصاحب المال فكذلك العبد.

وتحرير علته: أنها جناية من غير مملوكة فوجب ألا تعتبر الجناية مملوكة كالفحل وما ذكروه من الحق الواجب لا يصح إلا أن يكون ثابتاً في ذمة أو مستقراً في عين مملوكة

فمنتقض بدين الميت فهو واجب وليس بثابت في ذمة، ولا ملك بـه عين التركـة، وإنما يجب استيفاؤه من رقبة العبد الجاني ما لم يفده السيد.

فصل: فإذا ثبت أن المجني عليه لا يملك رقبة العبد بجنايته عليه. فالسيد بـالخيار بين أن يسلم العبد الجاني ليباع في جنايته وبين أن يفديه منها، فإن سلمه ليباع في أرش الجناية، نظر في أرش الجناية فإن كان محيطاً بقيمته بيع وبطل الرهن بالبيع، فإن ملكه السيد فيما بعد لم يعد إلى الرهن لبـطلانه بـالبيع، وإن كـان أرش الجنايـة يقابـل بعض قيمته بيـع منه بقـدر الأرش نصفاً أو ثلثاً، وكان الباقي منه بعد البيع رهناً.

وإن أراد السيد أن يفديه من الجناية فإن كـان الأرش مثل قيمتـه أو أقل لـزمه أن يفـديه بجميع الأرش، وإن كان الأرش أكثر من قيمته ففيما يفديه به قولان:

أحدهما: يقدر بأقل الأمرين من القيمـة أو الأرش، لأن القيمة إذا زادت فليس يستحق المجنى عليه أكثر من الأرش، فإن زاد الأرش فليس يستحق أكثر من الرقبة فلذلك لزم السيـد أن يفديه بأقل الأمرين.

والقول الثاني: أن يفديه بجميع الأرش وإن زاد على قيمة العبد، أو تمكن من بيعه فلا يستحق المجني عليه غير ثمن العبد لأنه قد يحدث للعبد لو بيع راغب يبتاعـه بأكثـر من قيمته فإذا امتنع السيد من بيع عبده ليفديه منع من زيادة الرغبـة فلزمه جميـع الأرش ولم يقتصر منـه على القيمة، والقول الأول أصح، فإذا فداه السيد بما وصفت كان العبد على حاله رهناً، لأن جنايته لم تبطل رهنه، وإنما أدخلت على الراهن حقاً زاحمه فإذا سقط الحق ثبت الرهن والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ تَطَوَّعَ الْمُرْتَهَنُ لَمْ يَرْجِعْ بِهَا عَلَى السَّيِّدِ وَإِنْ فَدَاهُ بِأَمْرِهِ عَلَى أَنْ يَكُونَ رَهْناً بِهِ مَعَ الْحَقِّ فَجَائِزٌ (قال المزني) قُلْتُ أَنَا هَذَا أَوْلَى مِنْ قَوْلِهِ لَا يَجُوزُ أَنْ يَزْدَادَ حَقًّا فِي الرَّهْنِ الْوَاحِدِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن المرتهن لا يلزمه أن يفدي العبد المرهون من جنايتـه، فإن فداه المرتهن فقد برىء من الجناية واستقـر في الرهن، وبمـاذا يفديـه على قولين كـالراهن، أحدهما يفديه بأقل الأمرين من أرش جنايته أو قيمته، والقول الثاني يفديه بـأرش جنايتـه وإن زادت على قيمته.

فإن فداه وخلص من الرهن فلا يخلو حاله في فديته من أحد أمرين إمـا أن يفديـه بأمـر الراهن أو بغير أمره، فإن فداه بغير أمره لم يرجع على الراهن بما فداه وكـان متطوعـاً به، وإن

فداه بإذن الراهن فعلى ضربين، أحدهما أن يفديه بأمره على شرط الرجوع وهو أن يقول: أفده بالجناية لترجع عليّ فللمرتهن أن يرجع على الراهن بما فداه به.

والضرب الثاني: أن يفديه بأمره من غير شرط الرجوع وهو أن يقول: أفده عني، فللمرتهن الرجوع أم لا على وجهين مضيا.

فصل: فإن فداه المرتهن بأمر الراهن على شرط الرجوع على أن يكون العبد في يده رهناً بالحق الأول وبالأرش الذي فداه به.

قال الشافعي: فذلك جائز، واختلف أصحابنا فقال بعضهم: في جوازه قولان من إدخال حق ثان على أول، وقول الشافعي إنه جائز يعني على أحد القولين وهو قوله في القديم ونقله المزني إلى هذا الموضع، وقال آخرون: بل ذلك جائز قولاً واحداً وفرقوا بين ارتهانه بالأرش مع الحق الأول فيجوز قولاً واحداً وبين ارتهانه بحق ثان مع الحق الأول فيكون على قولين، لأن فديته بالأرش استصلاح للرهن، فجاز فيه ما لا يجوز في غيره من الحقوق المبتدأة في الرهن والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ كَانَ السَّيِّدُ أَمَرَ الْعَبْدَ بِالْجِنَايَةِ فَإِنْ كَانَ يُعْقَلُ بَالِغاً فَهُوَ آثِمٌ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ صَبِياً أَوْ أَعْجَمِيًّا فَبِيعَ فِي الْجِنَايَةِ كُلِّفَ السَّيِّدُ أَنْ يَأْتِيَ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ يَكُونُ رَهْناً مَكَانَهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا أمر السيد عبده المرهون بالجناية فجنى العبد عن أمر السيد لم يخل حال العبد من أحد أمرين:

إما أن يكون عالماً بأن طاعة السيد فيما حظره الشرع لا تجوز، أو يكون جاهلاً بذلك فإن كان عالماً بأن السيد لا يجوز أن يطاع في المحظور من قتل أو إتلاف فهذا على ضربين: -

أحدهما: أن العبد المأمور جنى غير مكره ولا مجبر فالجناية منسوبة إلى العبد دون السيد، فيكون حكمها حكم جنايته لو لم يأمره السيد بها وسواء كان بالغاً أو مراهقاً إذا كان بحظر ما فعله عالماً، لأن أمر السيد إنما يلزمه امتثاله فيما أبيح فعله دونما حظر، وأمر السيد بالمحظور غير ممتثل.

بل يكون بأمره آثماً لأنه يصير بالأمر على معصية الله تعالى معاوناً، والمؤاخذ بالجناية هو العبد الجاني دون السيد الآمر.

وإذا كان كذلك فإن كانت الجناية توجب المال كانت في رقبته يباع فيها وإن كانت توجب القود، فإن كان بالغاً اقتص منه وإن كان مراهقاً لم يقتص منه، لأن غير البالغ لا قود عليه، وكانت موجبة للمال في رقبته يباع فيها كالخطأ ولا غرم على السيد فيها وإن كان أمر بها.

والضرب الثاني: أن يكون العبد المأمور بالجناية مكرهاً عليها مجبوراً على فعلها فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون موجبة للمال فيكون الغرم واجباً على السيد في رقبة عبده وسائر ماله حتى يستوفي المجني عليه أرش جنايته وإن زادت على قيمة العبد الجاني لكون السيد جانياً بإكراه عبده.

والضرب الثاني: أن توجب القود فيكون القود واجباً على السيد وهل يجب على العبد المكره القود إذا كان بالغاً أم لا على قولين: فهذا حكم العبد إذا كان عالماً بأن طاعة السيد في المحظور لا تجوز.

فصل: وإن كان العبد جاهلاً بتحريم طاعة السيد في المحظورات كالصبي الصغير والأعجمي الجلب الجاهل بتحريم القتل والإتلاف المعتقد طاعة السيد فيما أمره من محظور أو مباح فالجناية منسوبة إلى السيد الآمر دون العبد الجاني ـ لأن العبد إذا كان بهذه المنزلة صار كالآلة فكان بمنزلة كلب يشليه أو سهم يرميه، فإن كانت الجناية توجب القود فالقود واجب على السيد والعبد رهن بحاله، وإن كانت توجب المال فالغرم واجب على السيد والعبد رهن بحاله. فإن أعسر السيد بها فهل يجوز أن يباع العبد فيها أم لا على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، لا يجوز أن يباع فيها ويكون الأرش واجباً في ذمة السيد والعبد بحاله في الرهن لأن الجناية منسوبة إلى السيد وجنايات السيد إذا أعسر بأرشها لم يجز أن تباع فيها أمواله المرهونة لتعلق حق المرتهن بها.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه يباع في الأرش إذا كان السيد معسراً لأن الجناية عن العبد صدرت ومن فعله حدثت وإنما غلّب فيها السيد لأمره إذا أمكن أخذها من ماله، وأما إذا تعذر أخذها من ماله فأولى الأمور أن يباع فيها الجاني، فإذا بيع بطل الرهن، فإن أيسر السيد بها فيما بعد أخذت منه قيمة العبد وتكون رهناً مكانه أو قصاصاً من الحق وقال أبو إسحاق: وكذلك لو أن رجلاً بالغاً عاقلاً أمر صبياً صغيراً بقتل إنسان فقتله كان القود على الرجل الآمر دون الصبي القاتل.

وإن عفا ولي الجناية عن القود إلى الدية وكان الرجل الآمر معسراً بها والصبي القاتل موسراً بها أخذت الدية من مال الصبي القاتل وكانت الدية ديناً للصبي على الرجل الآمر يرجع بها إذا أيسر بها وعلى قول أبي علي بن أبي هريرة. لا يجوز أن تؤخذ الدية من مال الصبي لأن الجناية منسوبة إلى غيره وتكون ديناً على الرجل الآمر يؤخذ بها إذا أيسر.

فصل: فإن قيل: فقد قال الشافعي رضي الله عنه فإن كان صبياً أو أعجمياً فبيع في الجناية كلف السيد أن يأتي بمثل قيمته تكون رهناً مكانه وهذا يدل على قول أبي إسحاق أن العبد يباع في الجناية إذا أعسر السيد بها، قيل. أما أبو إسحاق فتعلق بهذا من قوله ـ وحكم في العبد بجواز بيعه وأما أبو علي بن أبي هريرة فإنه منع من جواز بيعه وقال: ليس في هذا القول من الشافعي دليل على جواز بيعه لأنه لم يقل: بيع في الجناية، فيكون هذا القول منه حكماً ببيعه. وإنما قال: بيع في الجناية على وجه الإخبار عن حاله إن بيع برأي حاكم أو اجتهاد مجتهد، فإن قيل: فلم قال الشافعي كلف السيد أن يأتي بمثل قيمته فتكون رهناً مكانه فحكم على السيد أن يأتي بمثل قيمته تكون رهناً مكانه إذا بيع في جنايته وليس يخلو من أحد أمرين:

إما أن يكون عاقلاً فالجناية في رقبته يباع فيها وليس على السيد غرم قيمته للمرتهن أو يكون صغيراً لا يعقل فعلى السيد أرش الجناية ولا يباع العبد بل يكون على حاله رهناً في يد المرتهن، فعلى كلا الحالين تأويل أبي علي لا يصح وقول أبي إسحاق أصح.

قيل قد أجاب أبو علي عن هذا جوابين: أحدهما أن العبد بيع في الجناية لأنه لم يعلم من السيد أنه أمره ثم علم بعد بيعه أن السيد قد كان أمره بها، فلم يفسخ البيع لما تعلق به حق المشتري وأخذ من السيد قيمته رهناً مكانه.

والجواب الثاني أنه لم يعلم أن السيد أمر العبد بالجناية إلا بقول السيد وهو معسر والمجني عليه ينكر أن يكون السيد أمره بها، فلا يقبل قول السيد في تأخير حق المجني عليه ويباع العبد في الرهن فإذا أيسر أخذت منه قيمة العبد تكون رهناً مكانه، وهذان الجوابان من أبي علي عن السؤال حسن على أصل من المذهب صحيح.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَذِنَ لَهُ بِرَهْنِهِ فَجَنَى فَبِيعَ فِي الْجِنَايَةِ فَأَشْبَهُ الْأَمْرَيْنِ أَنَّهُ غَيْرَ ضَامِنٍ وَلَيْسَ كَالْمُسْتَعِيرِ الَّذِي مَنْفَعَتُهُ مَشْغُولَةٌ بِخِدْمَةِ الْعَبْدِ عَنْ مُعِيرِهِ».

قال الماوردي: صورة هذه المسألة: في رجل استعار من رجل عبداً ليرهنه عند رجل بحق له عليه فهذا جائز لأمرين:

أحدهما: أنه لما جاز أن يملكه رقبة عبده جاز أن يملكه الانتفاع برقبته.

والثاني: أنه لما جاز أن يملكه حق المرتهن موثقاً في ذمة نفسه جاز أن يجعله موثقاً في رقبة عبده لاستواء تصرفه في ذمة نفسه ورقبة عبده.

فإذا ثبت جوازه فقد اختلف قول الشافعي رضي الله عنه في حكمه على قولين نص عليهما في الرهن الصغير والرهن القديم.

أحد القولين أنه جار مجرى العارية لأمرين أحدهما أنه قد أرفق الراهن منفعته فيما استأذن به من رهن رقبته فوجب أن يكون عارية كما لو أذن له في الانتفاع بخدمته.

والثاني: أنه لما كان العبد باقياً على ملك سيده وكانت ذمة السيد برية من حق مرتهنه انصرف عن الضمان لبراءة الذمة إلى العارية لاختصاصه بالمنفعة.

والقول الثاني: أنه يجري مجرى الضمان في رقبة عبده لأمرين:

أحدهما: أنه لما كان مالكاً لرقبة عبده كملكه لذمة نفسه ثم كان لو جعل دين المرتهن موثقاً في ذمة نفسه كان ضماناً ولم يكن عارية وجب إذا جعل دين المرتهن موثقاً في رقبة عبده أن يكون ضماناً لا تكون عارية.

والثاني: أن العارية تختص بالمنفعة والضمان يختص بالوثيقة فلما كانت المنفعة على ملك سيده لم يكن عارية ووجب أن يكون ضماناً لاختصاصه بالوثيقة.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين فرهنه صحيح سواء قيل إنه يجري مجرى العارية، أو قيل أنه يجري مجرى الضمان.

وقال أبو العباس بن سريج: إنه يصح رهنه إذا قيل إنه يجري مجرى الضمان فأما إذا قيل إنه يجري مجرى العارية فلا يصح لأن للمعير أن يرجع في عاريته والرهن يمنع من الرجوع بعد تمامه فلما تنافيا حكم العارية والرهن لم يصح إعارة الرهن. وهو غير صحيح لأن العارية تتنوع نوعين جائزة ولازمة، فالجائزة يجوز الرجوع فيها، واللازمة لا يجوز الرجوع فيها كإعارة حائط لوضع جذوع وإعارة أرض لدفن ميت فكذا إعارة عبد الرهن.

فصل: فإذا ثبت جواز رهنه على القولين معاً، انتقل الكلام إلى التفريع عليهما، فإذا قيل إنه يجري مجرى العارية جاز أن يأذن له في رهنه وإن كان غير عارف بجنس الحق وقدره ووصفه ومالكه لأن الجهالة بمنفعة العارية لا تقدح في صحتها، فلو أذن له على هذا القول أن يرهنه في قدر معلوم من جنس معلوم على صفة معلومة عند رجل معين لم يجز لمستعيره أن

يخالف نعت معيره، لأن العارية لمنفعة مخصوصة لا يجوز الانتفاع بها في غير تلك المنفعة.

وإذا قيل إنه يجري مجرى الضمان لم يجز رهنه إلا بعد معرفة المالك لجنس الحق وقدره ووصفه وفي وجوب معرفة مالك الحق وجهان:

فأما جنس الحق فهو أن يعلم هل ذلك دراهم أو دنانير ليعلم جنس ما ضمنه في رقبة عبده فيصح ضمانه وأما قدر الحق فهو أن يعلم ذلك مائة أو ألف لتنتفي الجهالة عما ضمنه فيصح ضمانه.

وأما وصف الحق فهو أن يعلم هل ذلك حال أو مؤجل؛ لأن الجهالة يوصفه كالجهالة بقدره وجنسه. وأما معرفة مالك الحق فعلى وجهين من اختلاف أصحابنا في الضمان هل تكون معرفة المضمون له شرطاً في صحة الضمان أم لا؟ وإن قلنا معرفة المضمون له شرط في صحة الضمان، فلا بد من معرفة المرتهن، وإن قلنا ليست شرطاً في صحة الضمان جاز جهله بالمرتهن.

فصل: فإذا أذن له في رهنه على ما وصفنا فرهنه كذلك على الأوصاف المأذون له فيها صح الرهن ولزم، وإن خالفه في شيء منها لم يخل من أربعة أحوال: إما أن يخالفه في الجنس أو يخالفه في القدر أو يخالفه في الوصف أو يخالفه في المالك، فإن خالفه في الجنس فمثاله أن يأذن له في رهنه بدنانير فيرهنه بدراهم أو في دراهم فيرهنه بدنانير فالرهن باطل على القولين معاً. لأننا إن قلنا إنه يجري مجرى الضمان فمن ضمن دنانير لم يلزمه غيرها، وإن قلنا إنه يجري مجرى العارية فمن أعار لمنفعة مخصوصة لم يجز أن ينتفع بالعارية في منفعة غيرها، وإن خالفه في القدر فمثاله أن يأذن له في رهنه بألف فيرهنه بأقل أو بأكثر فهذا ينظر فإن رهنه بأقل من ألف جاز رهنه لأنه بعض المأذون فيه، وإن رهنه بأكثر من ألف فالرهن باطل فيما زاد على الألف وهل يبطل في الألف أم لا؟ على قولين بناء على تفريق الصفقة وإن خالفه في الصفة فمثاله أن يأذن له في رهنه بدين حال فيرهنه في مؤجل أو في مؤجل فيرهنه في حال فالرهن باطل على القولين.

لأنه إن أذن له أن يرهنه في حال فرهنه في مؤجل فإن قلنا إنه يجري مجرى العارية لم يجز لأن من أعار شيئاً لينتفع به في الحال لم يجز أن ينتفع به أكثر من ذلك. وإن قلنا إنه يجري مجرى الضمان لم يجز لأنه لم يستدم الضمان إلى تلك المدة.

وإن أذنه أن يرهنه في مؤجل فرهنه في حال فإن قلنا يجري مجرى العارية لم يجز، لأن

من أعـار شيئاً لينتفـع به بعـد مدة لم يجـز أن ينتفع قبـل تلك المدة وإن قلنـا يجـري مجـرى الضمان لم يجز لأن من ضمن شيئاً إلى مدة لم يلزمه قبل تلك المدة.

وإن خالفه في المالك فمثاله أن يأذن له في رهنه عند زيد فرهنه عند غيره فالرهن باطل إن قلنا إنه يجري مجرى الضمان، لأن من ضمن لزيد لم يلزمه الضمـان لغيره، وإن قلنـا إنه يجري مجرى العارية فالرهن جائز، لأنه وإن صار مـرهونـاً عند غيـر من أذن له، فليس يجب أن يكون الرهن مـوضوعـاً على يد من ارتهنـه وإذا لم يجب لم يقع الفـرق بين أن يكون حق الارتهان لزيد أو غيره، لأنه قد يمكن ألا يوضع على يد مرتهنه ويوضع على يد عدل يرضيـان به.

فصل: فإذا ثبت أن رهنه لا يصح إذا خالفه فرهنه رهنـاً صحيحاً كمـا أذن له ثم أراد أن يأخذه بفكاكه من الرهن وخلاصه. فلا يخلو حال الحق المرهون فيه من أحد أمرين.

إما أن يكون حالاً أو يكون مؤجلاً فإن كان الحق حالاً فله أن يـأخذه بخـلاصه ويـطالبه بفكاكه إن جرى مجرى العـارية، فللمعيـر الرجـوع في العاريـة، وإن جرى مجـرى الضمان فللضامن أخذ المضمون عنه بفكاكه مما ضمنه بأمره، وإن كان الحق مؤجلاً فهل له أن يأخذه بفكاكه أم لا على قولين إن قلنا إنه يجري مجرى العارية فله أن يأخذه بفكاكه؛ لأن للمعير أن يرجع في عاريته، وإن قلنا إنه يجري مجرى الضمان فليس له أن يـأخذ بفكـاكه لأن الضـامن إلى أجل ليس له أخذ المضمون عنه بفكاكه قبل حلول الأجل.

فصل: فإذا حل الأجل لم يخل حال العبد المرهون من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يفك من الرهن **والثاني** أن يباع في الرهن **والثالث** أن يتلف في الرهن. فأما القسم الأول وهـو أن يفـك من الـرهن فلسيـده أن يستـرجعـه ويسقط عن الـراهن المستعيـر ضمانه، فـإن كان الـراهن فكه من الـرهن بقضاء أو بـإبراء المـرتهن له، خلص العبـد لسيده وبرىء الراهن عن ضمانه وإن كـان السيد قـد فكه من الـرهن بقضـاء الحق، نـظر فإن فكـه بأمر الراهن فله أن يرجع على الراهن بمـا افتكه بـه من الحق قليلاً كـان الحق أم كثيراً، وإن افتكه بقضاء الحق من غير أمر الراهن فهل له أن يرجع على الراهن بما أفتكه بـه من الحق أم لا؟ على قولين بناء على مـا ذكرنـا من القولين، فـإن قلنا إنهـا تجري مجـرى الضمان فله أن يرجع عليه بالحق الذي افتكه كمن ضمن عنه حقاً بأمره فله الـرجوع بمـا غرمـه في ضمانـه، وإن قلنا إنه يجري مجرى العارية فلا رجوع له بالحق الذي أفتكه لأن العارية توجب استرجاع ما أعاره ولا توجب غرم ما تعلق بالمعار.

فصل: وأما القسم الثاني وهو أن يباع في الرهن وذلك قد يكون إما لكون الراهن معسراً وإما ليصير به موسراً فإذا بيع وقضى به الحق المرهون فيه، كان مضموناً على الراهن على القولين معاً لأنه إن جرى مجرى العارية فالعارية مضمونة على مستعيرها وإن جرى مجرى الضمان فالضامن يستحق الرجوع بما أدى، فإذا كان كذلك فلا يخلو حال ما بيع به من ثلاثة أقسام: ـ

أحدها: أن يباع بمثل قيمته.

والثاني: أن يباع بأكثر من قيمته.

والثالث: أن يباع بأقل من قيمته.

فإن بيع بمثل قيمته وهو أن تكون قيمته ألفاً فيباع بألف فهو مضمون على الراهن المستعير بألف على القولين معاً. لأنه إن جرى مجرى العارية فالعارية مضمونة بالقيمة وهي ألف وإن جرى مجرى الضمان فالضامن يستحق الرجوع بما أدى وهو ألف.

فلذلك استحق الرجوع بألف على القولين معاً، وإن بيع بأكثر من قيمته وهو أن تكون قيمته ألفاً فيباع بألف ومائة ففيما يضمن الراهن المستعير ويرجع به على المالك المغير قولان:

أحدهما: أنه يستحق الرجوع بألف إذا قيل إنه يجري مجرى العارية، لأن العارية مضمونة بالقيمة دون ما زاد عليها.

والقول الثاني: أنه يستحق الرجوع بألف ومائة وإذا قيل إنه يجري مجرى الضمان، لأن المضمون عنه يضمن القدر المؤدى عنه.

وإن بيع بأقل من قيمته وهو أن تكون قيمته ألفاً فيباع بتسعمائة ففي قدر ما يمضنه الراهن المستعير ويستحق أن يرجع به المالك المعير قولان:

أحدهما: أنه يستحق الرجوع بألف إذا قيل إنه يجري مجرى العارية لأن العارية مضمونة بجميع القيمة وهي ألف والقول الثاني أنه يستحق الرجوع بتسعمائة إذا قيل إنه يجري مجرى الضمان؛ لأن المضمون عنه يضمن القدر المؤدي عنه وهو تسعمائة ولو بقي للمرتهن بقية من حقه بعد قبض الثمن لم يكن الرجوع بها على المعير سواء قيل إنه يجري مجرى العارية أو مجرى الضمان لأنه إن جرى مجرى العارية فالمعير لا يلزمه غرم، وإن جرى مجرى الضمان فهو إنما يضمن ذلك في رقبة عبده لتعلق حق الجناية برقبته فيما ضاقت

عنه رقبة العبد فهو غير مضمون عليه، فلو فضل من ثمنه بعد قضاء الحق فضلة كان المالك أحق بها ويسقط عن الراهن المستعير ضمانها.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يتلف في الرهن فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون تلفه بالموت من غير جناية عليه.

والثاني: أن يكون تلفه بجناية جنيت عليه فمات منها.

والثالث: أن يكون تلفه بجناية جناها واقتص منه أو بيع فيها.

فأما القسم الأول وهو أن يموت في الرهن حتف أنفه فهل يكون مضموناً على راهنه أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا يكون مضموناً عليه إذا قيل إنه يجري مجرى الضمان لأن المضمون عنه لا يستحق عليه إلا ما أدى عنه فعلى هذا يكون تالفاً من مال مالكه.

والقول الثاني: أنه يكون مضموناً إذا قيل إنه يجري مجرى العارية، لأن العارية مضمونة على مستعيرها فعلى هذا في كيفية ضمانه وجهان:

أحدهما: يضمن قيمته يوم التلف.

والثاني: يضمنه أكثر ما كانت قيمته من يوم القبض إلى يوم التلف، فإذا قبض القيمة اختص بها المالك ولم يتعلق بها حق المرتهن لبطلان الرهن بتلفه من غير جناية ولا غصب، فإن قيل: أليس إذا كان تلف بالقيمة كالجناية كانت القيمة رهناً مكانه فهلا كانت القيمة المأخوذة من المستعير في هذا الموضع رهناً مكانه؟

قيل: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الجاني على الرهن متعد في حق المرتهن فتعلق بأرش جنايته حق المرتهن والمستعير غير متعد في حق المرتهن فلم يتعلق بما يغرمه حق المرتهن.

والثاني: أن أرش الجناية وجب بالإتلاف فلم يبطل الرهن بالإتلاف وكانت القيمة في الرهن قائمة مقام الرهن، وقيمة العارية واجبة بالعقد لا بالإتلاف وإنما يستقر وجوبها بالتلف فلم تكن القيمة رهناً يبطل بالتلف كما لو بيع بثمن قبل حلول الأجل لم يكن الثمن المأخوذ بالعقد رهناً وبطل الرهن بالبيع.

فصل: وأما القسم الثاني وهو أن يكون تلفه بجناية جنيت عليه فمات منها فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون بجناية عمداً يوجب القود.

والثاني: أن تكون جناية خطأً يوجب المال.

فإن كانت عمداً يوجب القود فللسيد أن يقتص من الجاني فإذا اقتص منه فقد استوفى حقه ولا مطالبة له على الراهن المستعير على القولين معاً سواء قيل إنه يجري مجرى الضمان أو مجرى العارية، لأنه قد استوفى بالقصاص حق الجناية وبدل الملك.

وإن كانت الجناية خطأً توجب المال كان الجاني ضامناً لأرشها وهل يكون الراهن المستعير ضامناً أم لا؟ على قولين أحدهما لا يكون ضامناً. وهذا على القول الذي يقول إنه يجري مجرى الضمان، فعلى هذا للمالك مطالبة الجاني بالأرش فإذا استحقه وضعه رهناً مكانه، لأن أرش الجناية على الرهن بكونه رهناً مكانه.

والقول الثاني: أن الراهن المستعير يكون ضامناً على القول الذي يقول يجري مجرى العارية فعلى هذا يكون المالك بالخيار بين مطالبة الجاني أو الراهن المستعير فإن أغرم الجاني لم يكن للجاني أن يرجع على المستعير.

وكان الأرش رهناً مكانه إلا أن يكون الأرش أكثر من قيمته فله أن يختص بأخذ الفاضل على قيمته وتكون له القيمة لا غير رهناً مكانه.

فإن أغرم المستعير فلا يخلو حال أرش الجناية من أحد أمرين:

إما أن يكون بقدر قيمته من غير زيادة أو يكون أكثر من قيمته.

فإن كان أرش الجناية بقدر قيمته من غير زيادة فله أن يغرم المستعير جميعها وللمستعير إذا غرمها أن يرجع على الجاني بها، وإن كان أرش الجناية أكبر من قيمته فله أن يغرم المستعير قدر قيمته دون الزيادة، ويغرم الجاني ما زاد على قيمته من الأرش ويرجع المستعير بما غرمه من القيمة على الجاني لضمانه لها بالجناية ثم تكون القيمة رهناً مكانه دون الزيادة.

فصل: وأما القسم الثالث وهو أن يكون تلفه بجناية جناها فاقتص منه أو بيع فيها وهي مسألة الكتاب وهي على ضربين:

أحدهما: أن تكون الجناية قد أتت على جميعه وذلك بأحد أمرين:

إما أن يكون القصاص في نفسه، أو يكون الأرش الذي بيع فيه مستوعباً لقيمته فإذا كان كذلك فهل يكون الراهن المستعير ضامناً قيمته أم لا؟ على قولين:

أحدهما: ألا يكون ضامناً إذا قيل إنه يجري مجرى الضمان.

والثاني: يكون ضامناً لقيمته إذا قيل إنه يجري مجرى العارية وفي كيفية ضمانه وجهان مضيا، فإذا غرم القيمة اختص المالك بها.

والضرب الثاني أن تكون الجناية قد أتت على بعضه وذلك بأحد وجهين: إما أن يكون القصاص في طرف من أطرافه أو يكون الأرش الذي بيع فيه يقابل قيمة بعضه، فإذا كان كذلك كان الباقي رهناً بحاله وهل يكون الراهن المستعير ضامناً لما تلف منه أم لا؟ على قولين والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلِلسَّيِّدِ فِي الرَّهْنِ أَنْ يَسْتَخْدِمَ عَبْدَهُ».

قال الماوردي: فأما منافع الرهن فهي ملك لراهنه دون مرتهنه وسنذكر ذلك في موضعه إن شاء الله. وإذا كانت على ملك راهنه فله أن يؤاجر الرهن ليكون المستأجر مستوفياً لمنافعه، وكذلك له أن يعيره ليتولى المستعير استيفاء منافعه، فأما إذا أراد أن يتولى استيفاء منافعه بنفسه حتى إذا كانت داراً سكنها وإن كانت دابة ركبها وإن كان عبداً استخدمه، فقد قال الشافعي في الرهن الصغير والرهن القديم: ليس له ذلك إلا بإذن المرتهن وقال في الجديد وسائر كتبه: له ذلك بإذن المرتهن وبغير إذنه واختلف أصحابنا فكان بعضهم يخرج ذلك على قولين:

أحدهما: وهو ما نص عليه في القديم والرهن الصغير ليس له أن يستوفي منافع الرهن وله أن يؤاجره ويعيره لأن الرهن إذا عاد إلى يده لم يؤمن منه جحود مرتهنه.

والقول الثاني: وهو ما نص عليه في الجديد وسائر كتبه، له أن يستوفي منافع الرهن بنفسه كما يستوفيها غيره بإجارته وإعادته ولو جاز أن يمنع من عوده إلى يده خوفاً من جحود مرتهنه لجاز أن يمنع من خروجه إلى يد مستأجره، على أن يد المرتهن لا توجب قبول قوله عند جحود راهنه.

وقال آخرون من أصحابنا: ليست المسألة على قولين وإنما هي على اختلاف حالين، فالموضع الذي منعه من استيفاء منافع الرهن بنفسه إذا كان غير أمين عليه وكان الجحود غير مأمون منه. والموضع الذي جوز له استيفاء منافع الرهن بنفسه إذا كان أميناً عليه وكان الجحود مأموناً عنه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «والْخَصْمُ فِيمَا جَنَى عَلَى الْعَبْدِ سَيِّدَهُ فَإِنْ أَحَبَّ الْمُرْتَهِنُ حَضَرَ خُصُومَتَهُ فَإِذَا قَضَى لَهُ بِشَيْءٍ أَخَذَهُ رَهْناً وَلَوْ عَدَا الْمُرْتَهِنُ كَانَ عَفْوُهُ بَاطِلاً».

قال الماوردي: هذا كما قال، المطالب بما جنى على العبد والخصم فيه الراهن دون

المرتهن. وقال أبو حنيفة رحمه الله المطالب به والخصم فيه المرتهن دون الراهن بناء على أصله في أن الرهن مضمون على مرتهنه، ولأن اليد له فوجب أن يكون له حق المطالبة كالمالك والدليل بناؤه على أصلنا في أن الرهن على ملك راهنه وغير مضمون على مرتهنه فوجب أن يكون استحقاق المطالبة لمالكه كغير الرهن ولأن الجناية على العبد قد توجب القود تارة والمال أخرى ثم أنها لو أوجبت القود كان الخصم فيها الراهن لحق ملكه دون المرتهن وكذا إذا أوجبت المال يجب أن يكون بالخصم فيها الراهن لحق الملك دون المرتهن

وقد تحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسان:

أحدهما: أن كل من كان خصماً في العمد كان خصماً في الخطأ كغير المرهون.

والثاني: أن كل من كان خصماً في غير المرهون كان خصماً في المرهون كالعمد، فأما ما ذكره من بناء على أصله فمقابل بمثله، وما ذكره من حق اليد فينتقض بالمستأجر له يد وليس بخصم.

فصل: فإذا ثبت أن الخصم في الجناية هو الراهن فللمرتهن حضور خصومته ليرتهن ما يقضى به من أرش ولا يخلو حال الجاني من أحد أمرين: ـ

إما أن يعترف بالجناية أو ينكرها فإن اعترف بالجناية نظر، فإن صدقه الراهن والمرتهن عليها، كان الأرش ملكاً للراهن ووثيقة للمرتهن، وإن صدقه الراهن وكذبه المرتهن كان الأرش ملكاً للراهن وبطل أن يكون وثيقة للمرتهن، فإن صدقه المرتهن وكذبه الراهن كان الأرش المأخوذ وثيقة للمرتهن وبطل أن يكون ملكاً للراهن، فإن أخذ المرتهن حقه من غير الأرش وجب رد الأرش على الجاني، وإن لم يأخذ حقه من غير الأرش فله أن يأخذه من الأرش لكونه وثيقة فيه، فإن بقي من الأرش بعد قضاء الحق بقية وجب ردها على الجاني. فهذا حكم اعتراف الجاني.

وإن أنكر الجاني فإن قامت عليه بينة بالجناية لزمته الجناية وإن لم تقم عليه بينة فالقول قول الجاني مع يمينه فإن حلف فلا شيء عليه وإن نكل عنها ردت اليمين على الراهن لأنه مالك بموجبها فإن حلف ثبتت الجناية وإن نكل عنها فهل يجب إحلاف المرتهن فيها أم لا؟ على قولين مضيا.

فصل: فإذا ثبتت الجناية على الجاني إما بإقرار أو ببينة لم يخل حالها من أحد أمرين: إما أن تكون خطأ يوجب المال أو تكون عمداً يوجب القود، فإن كانت خطأ يوجب المال فليس للراهن قبض أرشها لأنه إن كان خصماً فيه فحق المرتهن متعلق بأرشها وإنما له أن

يثبت على الجاني ما وجب بها، والواجب أن يقبض الأرش ما كان قابضاً للرهن،
الرهن في يد المرتهن فللمرتهن قبض الأرش، وإن كان على يد عدل فللعدل قبض
فإن عفا الراهن والمرتهن عن الأرش برىء الجاني ولم يكن للعدل أن يقبض الأر
عفا المرتهن عن الأرش دون الراهن بطلت وثيقة المرتهن في الأرش ولم يبرأ الجا
للراهن أن يقبض منه الأرش دون العدل لأن العدل إنما كان له أن يقبض الأر
المرتهن وعفو المرتهن قد أبطل وثيقته فيه فلم يبق للعدل نيابة عنه، وإن عفا الر
المرتهن لم يصح عفوه لأن تعلق حق المرتهن به قد أوقع حجراً عليه والمحجور علي
عن ملكه لم يصح عفوه فلذلك قلنا إن عفو الراهن لا يبطل ملكه لأن للمرتهن حجـ
وعفو المرتهن يبطل وثيقته لأنه ليس للراهن حجراً عليه. وإذا لم يصح عفو الراهن
قبض الأرش دون المرتهن لبقاء نيابة العدل عن الراهن إذ عفوه لم يبطل ملكه عن
فإذا قبض المرتهن حقه من الأرش كان الفاضل منه مردوداً على الراهن وإن تقدم م
والله أعلم.

فصل: وإن كانت الجناية عمداً يوجب القود فللراهن الخيار بين القصاص أو ا
اختار القصاص فله أن يقتص وإن لم يحضر المرتهن.

وقال أبو حنيفة ليس للراهن أن يقتص إلا بحضور المرتهن وهذا ليس بصحـ
القصاص من حقوق الملك وليس من حقوق الرهن لما فيه من إبطال الرهن. وإ
الراهن المال وعفا عن القصاص كان الحكم في المال على ما مضى في جناية الـ
للراهن أن يقبضه والمستحق لقبضه من كان الرهن في يده. فإن عفا الراهن عن الـ
والمال معاً فإن كان بإذن المرتهن صح عفوه عنهما وإن كان بغير إذن صح عفوه عن ا
وهل يصح عن المال أم لا على قولين مضيا.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ رَهَنَهُ عَبْداً بِدِنَانِيرَ وَعَبْداً بِحَنْـ
أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ كَانَتِ الْجِنَايَةِ هَدْراً».

قال الماوردي: قد ذكرنا حكم العبدين إذا رهنا عند رجل بحقين وسواء كان
من جنس واحد أو جنسين.

فإذا كان أحدهما رهناً على عشرين ديناراً والآخر رهناً على كُسِر حنطة، فإن ك
الحنطة عشرين ديناراً فحكمها حكم العبدين إذا رهنا بحقين متماثلين وقد ذكرناه و
قيمة الحنطة أقل من عشرين ديناراً أو أكثر فحكمها حكم العبدين إذا رهنا بحقين
وقد ذكرناه والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَأَكْرَهُ أَنْ يَرْهَنَ مِنْ مُشْرِكٍ مُصْحَفاً أَوْ عَبْداً مُسْلِماً وَأُجْبِرُهُ عَلَى أَنْ يَضَعَهُمَا عَلَى يَدَيْ مُسْلِمٍ وَلاَ بَأْسَ بِرَهْنِهِ مَا سِوَاهُمَا رَهَنَ النَّبِيُّ ﷺ دِرْعَهُ عِنْدَ أَبِي الشَّحْمِ الْيَهُودِيِّ (قال الشافعي) فِي غَيْرِ كِتَابِ الرَّهْنِ الْكَبِيرِ: إِنَّ الرَّهْنَ فِي الْمُصْحَفِ وَالْعَبْدَ الْمُسْلِمِ مِنَ النَّصْرَانِيِّ بَاطِلٌ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، كل شيء جاز أن يملكه المشرك جاز أن يرهن عند المشرك كالدور والأرضين والمواشي والثياب والعروض والأثاث، لأن رسول الله ﷺ رهن درعه عند أبي الشحم اليهودي، ولأن الرهن وثيقة فاستوى فيه المسلم والكافر كالضمان. فأما ما لا يجوزأن يملكه المشرك كالعبد المسلم والمصحف إذا رهنه مسلم عند مشرك فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يشترطا تركه على يدي المشرك فيكون رهناً باطلاً لأن موجب الشرط محظور.

والضرب الثاني: أن يشترطا تركه على يد عدل مسلم فيكون رهنه جائزاً لأن موجب الشرط مباح.

والضرب الثالث: أن يطلقا رهنه من غير شرط ففي جواز رهنه قولان: نص عليهما في كتاب الرهن من الأم، أحدهما باطل والثاني جائز.

وهذان القولان مبنيان على اختلاف قوليه في بيع ذلك على المشرك وقد مضى توجيه ذلك في كتاب البيوع.

فإذا قلنا ببطلان الرهن فسواء أسلم المشرك قبل القبض أم لا لفساد العقد وإن قلنا يجوز الرهن لم يجز أن يوضع على يد المشرك لأن المشرك لا يجوز أن تقرّ يده على مسلم ولا مصحف فوجب أن يوضع على يد عدل مسلم والله أعلم بالصواب.

بَابُ اخْتِلَافِ الرَّاهِنِ وَالمُرْتَهِنِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَعْقُولٌ إِذَا أَذِنَ اللَّهُ جَلَّ وَعَزَّ بِـالرَّهْنِ أَنَّـهُ زِيَادَةٌ وَثِيقَـةٌ لِصَاحِبِ الْحَقِّ وَأَنَّهُ لَيْسَ بِالْحَقِّ بِعَيْنِهِ وَلاَ جُزْءاً مِنْ عَدَدِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، وهذه جملة تحتاج إلى تفصيل وشرح.

أما قوله ومعقول فيعني أن الرهن لم يعلم كونه وثيقة بنص كتاب ولا سنة، وإنما عقل استنباطاً من إباحته في الكتاب والسنة وكل موضع.

قال الشافعي: ومعقول، فإنما يريد به معقول الشرع، لا معقول البديهة والعقل.

وأما قوله إذا أذن الله تعالى بالرهن فليعلم أنه مباح وليس بواجب رداً على من زعم أنه في السفر واجب؛ لأنه أذن به ولو كان واجباً لأمر به.

وأما قوله: إنه زيادة وثيقة لصاحب الحق فقد قيل معناه أنه وثيقة، وقوله زيادة صلة في الكلام كقوله تعالى: ﴿فإن كنّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ﴾ [النساء: ١١] وكقوله: ﴿فَاضْرِبُوا فَوْقَ الأَعْنَاقِ﴾ [الأنفال: ١٢] وقيل: بل هو زيادة وثيقة حقيقة من غير أن يكون ذلك في الكلام صلة، وفيه تأويلان:

أحدهما: أنه زيادة وثيقة على الذمة.

والثاني: أنه زيادة مع الشهادة التي هي وثيقة ذكرها الله تعالى في الآية، ثم عقبها بإباحة الرهن الذي هو وثيقة، فصار الرهن وثيقة زايدة مع الشهادة، وأما قوله إنه ليس الحق بعينه ولا جزء من عدده فإنما قصد به الرد على أبي حنيفة في إيجابه ضمان الرهن بأقل الأمرين من القيمة أو الحق لأنه إذا لم يكن الرهن هو الحق بعينه ولا جزء من عدده فلم أبطل الحق بتلفه، وإنما لم يكن هو الحق بعينه لأن المرتهن لو أبرأ الراهن ومن الرهن بريء منه ولم يبرأ من الحق، ولو كان هو الحق بعينه لكان إذا بريء منه بريء من الحق.

ولم يكن أيضاً جزءاً من الحق، لأنه يجوز اشتراط الرهن في القرض ولو كان جزءاً منه

لكل زيادة في القرض والزيادة رباً محرم، فهذا تفصيل كلامه وبيان شرحه، وما قصده الشافعي به، والله أعلم بضمير قلبه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ بَاعَ رَجُلٌ شَيْئاً عَلَى أَنْ يَرْهَنَهُ مِنْ مَالِهِ مَا يَعْرِفَانَهُ يَضَعَانِهِ عَلَى يَدَيْ عَدْلٍ أَوْ عَلى يَدَي الْمُرْتَهِنِ كَانَ الْبَيْعُ جَائِزاً».

قال الماوردي: وهذا كما قال: البيع بشرط الرهن جائز، فإن باعه شيئاً على أن يعطيه بثمنه رهناً وكان الرهن معيناً كان البيع صحيحاً والرهن جائزاً، لأمرين:

أحدهما: إنما جاز اشتراطه بعد العقد كان أولى بالجواز مع العقد لأن من الشروط ما يلزم مع العقد ولا يلزم بعد العقد كالأجل، فلما كان الرهن بعد العقد جائزاً كان أولى أن يكون مع العقد جائزاً.

والثاني: أن الرهن من مصلحة العقد لأنه موضوع لاستيفاء موجبه، وما كان من مصلحته جاز اشتراطه فيه كالخيار.

فإذا ثبت جواز اشتراطه في العقد، فلا يخلو حالهما من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يشترطا ترك الرهن في يد المرتهن فالواجب أن يوضع على يده لموجب شرطه، وليس له إذا قبضه أن ينتزعه منه ما لم يتغير حاله.

والقسم الثاني: أن يشترطا وضعه على يد عدل، فالواجب أن يوضع على يده ما لم يتفقا على غيره وليس لواحد منهما إذا حصل الرهن بيده أن ينتزعه منه ما لم يتغير حاله.

والقسم الثالث: أن يطلقا ولا يشترطا تركه على يد المرتهن ولا عدل يتفقان عليه.

ففي الرهن وجهان:

أحدهما: باطل للجهل بمستحق اليد.

والوجه الثاني: وهذا أصح أن الرهن جائز لأن تعينه لما لم يلزم بالعقد لم يكن شرطاً في صحة العقد، فعلى هذا إن اتفقا على تركه في يد من يرضيان به، وإلا اختار لهما الحاكم عدلاً وأمرهما بوضعه على يده.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَمْ يَكُنْ الرَّهْنُ تَامًّا حتَّى يَقْبِضَهُ الْمُرْتَهِنُ وَلَوْ امْتَنَعَ الرَّاهِنُ أَنْ يُقْبِضَهُ الرَّهْنَ لَمْ يُجْبَرْهُ وَالْبَائِعُ بِالْخِيَارِ فِي إِتْمَامِ الْبَيْعِ بِلاَ رَهْنٍ أَوْ رَدِّهِ لأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِذِمَّتِهِ دُونَ الرَّهْنِ».

قال الماوردي: وإنما قصد الشافعي بهذا الكلام الرد على مالك في مسألة، وعلى أبي حنيفة في أخرى.

أما على مالك فقوله: إن الرهن يتم بالعقد دون القبض، والشافعي يقول: إنه لا يتم إلا بالعقد والقبض وقد مضى الكلام فيه.

وأما على أبي حنيفة فإنه يقول: إن الرهن إن كان مشروطاً في بيع أجبر الراهن على قبضه والشافعي يقول: إن الرهن وإن كان مشروطاً في بيع فإن الراهن لا يجبر على قبضه وقد مضى الكلام فيه.

وإذا كان كذلك فإن أقبض الراهن المرتهن حقه لزمه وسقط خيار البائع وإن لم يقبضه الرهن لم يجبر عليه ولكن يكون البائع بالخيار بين إمضاء البيع بلا رهن وبين فسخه لأنه لم يرض بذمته حتى شرط رهناً يتوثق به فإذا لم يحصل له التوثق بالرهن كان ذلك نقصاً وعيباً، فيثبت له الخيار وهذا الخيار يجب بعد الامتناع على الفور لأنه خيار عيب والامتناع يكون بعد الطلب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَهَكَذَا لَوْ بَاعَهُ عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُ حَمِيلاً بِعَيْنِهِ فَلَمْ يَتَحَمَّلْ لَهُ فَلَهُ رَدُّ الْبَيْعِ».

قال الماوردي: فأما الضمان فهو أحد الوثائق الثلاثة في الأموال. فإذا شرط المشتري على نفسه في عقد البيع أن يقيم بالثمن ضامناً معيناً صح البيع ولزم الشرط كالرهن إذا شرط في العقد، فإذا ضمنه الضامن المشروط سقط خيار البائع وإن لم يضمن لم يجبر على الضمان، لأن الضمان لا يصح بالإجبار ويكون البائع بالخيار بين إمضاء البيع بلا ضمان وبين فسخه لما دخل عليه من النقص في شرطه، فإن قال المشتري: أنا أقيم لك بالثمن ضميناً غيره لم يلزم البائع إمضاء البيع بضمان الثاني وكان على خياره لاختلاف الذمم وفقد الشرط، كما أن البائع لو سأل المشتري أن يقيم له ضميناً غير المعين لم يلزمه لأنه غير لازم بالشرط.

فصل: فأما إذا شرط المشتري على نفسه في عقد البيع شهادة شاهدين معينين فالعقد صحيح والشرط لازم، لأن الشهادة وثيقة كالرهن والضمان، فإن أشهدهما لم يلزمه إشهاد غيرهما، ولم يكن للبائع خيار بموتهما، كما لو مات الضامن لم يلزم المشتري إقامة غيره ولم يكن للبائع خيار بموته، وأما إن مات الشاهدان قبل إشهادهما أو امتنعا من الشهادة عليه في حياتهما، لم يجبر المشتري على إشهاد غيرهما، وللبائع الخيار لفقد شرطه، فلو أشهد المشتري على نفسه غيرهما من الشهود العدول. ففي خيار البائع وجهان:

أحدهما: له الخيار في فسخ البيع لعدم شرطه كما لو شرط ضامناً لم يلزمه الرضا بضمان غيره وإذا شرط رهناً لم يلزمه أخذ رهن غيره، كذلك لو شرط شهادة شاهدين معينين.

والوجه الثاني: وهو أصح، أن خيار البائع قد أسقط بإشهاد شاهدين إذا كانا عدلين وإن كانا غير المعينين المشروطين بخلاف الرهن والضمان.

والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أنه لما صح اشتراط شاهدين غير معينين لم يتعينا وإن شرطا معينين، ولما لم يصح اشتراط رهن أو ضمين غير معين لزم إذا كان معيناً.

والفرق الثاني: أن المقصود بالضمان والرهن يختلف باختلاف ذمم الضمناء وقيم الرهون. والمقصود بالشهادة لا يختلف باختلاف الشهود، ولهذا لو قدر المشتري على الشاهدين المعينين فعدل عن إشهادهما إلى إشهاد غيرهما كان خيار البائع على الوجهين، والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَيْسَ لِلْمُشْتَرِي رَدُّ الْبَيْعِ لأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ عَلَيْهِ نَقْصٌ يَكُونُ لَهُ بِهِ الْخِيَارِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا شرط البائع على المشتري في عقد البيع رهناً معيناً أو ضميناً معروفاً ثم امتنع من قبض الرهن أو قبول الضمان لم يجبر على القبض أو القبول لأنه وثيقة له، ولا خيار للمشتري في فسخ البيع بامتناع البائع من قبض الرهن وقبول الضمان وقال داود بن علي: للمشتري فسخ البيع في امتناع البائع من قبول الضمان وليس له فسخ البيع في امتناعه من قبض الرهن.

وقال أبو حنيفة: للمشتري فسخ البيع في امتناعه من قبض الرهن وليس له فسخ البيع في امتناعه من قبول الضمان.

وبنى كل واحد منهما ذلك على أصله فأما أبو حنيفة فلأن من أصله أن المرهون مضمون على مرتهنه، فإذا امتنع المرتهن من قبضه صار ممتنعاً مما شرط عليه من أخذه بحقه فثبت للراهن الخيار. وأما داود فلأن من أصله أن الضمان يسقط الحق من ذمة المضمون عنه، فإذا امتنع البائع من قبول الضمان صار ممتنعاً من نقل حقه من ذمة المشتري، وشرط الضمان قد ألزمه بنقل حقه فثبت للمشتري الخيار، وكلا الأصلين عندنا غير مسلم وسيأتي الكلام فيهما إن شاء الله تعالى.

ثم من الدلالة عليهما أنها وثيقة في الحق فلم يكن ترك قبولها موجباً لخيار من عليه

الحق كالشهادة. ولأن النقص في صفة البيع نقصان، نقص في الثمن يوجب خيار البائع، ونقص في المثمن يوجب خيار المشتري.

فلما كان النقص في المثمن بظهور العيب إذا أوجب خيار المشتري لم يوجب خيار البائع لأجل ما ثبت من خيار المشتري، وجب أن يكون النقص في الثمن لعدم الوثيقة إذا أوجب خيار البائع لم يوجب خيار المشتري لأجل ما ثبت من خيار البائع.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَا جَهلا الرَّهْنُ أَوِ الْحَمِيلُ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ (قال المزني) قُلْتُ أَنَا هَذَا عِنْدِي غَلَطٌ الرَّهْنُ فَاسِدٌ لِلْجَهْلِ بِهِ وَالْبَيْعُ جَائِزٌ لِعِلْمِهِمَا بِهِ وَلِلْبَائِعِ الْخِيَارُ إِنْ شَاءَ أَتَمَّ الْبَيْعَ بِلاَ رَهْنٍ وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ لِبُطْلاَنِ الوَثِيقَةِ فِي مَعْنَى قَوْلِهِ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال:

إذا شرط في عقد البيع رهناً مجهولاً أو ضميناً مجهولاً، كان الشرط باطلاً والرهن والضمان فاسدين ما لم يكونا معينين.

وقال مالك: يصح اشتراط الرهن والضمان وإن لم يكونا معينين. وقال أبو حنيفة يصح اشتراط الضمان وإن لم يكن معيناً ولا يصح اشتراط الرهن حتى يكون معيناً، استدلالاً بأنها وثيقة فجاز اشتراطها غير معينة كالشهادة، ولأن ما يتعين بالعرف يستغنى فيه عن تعينه بالشرط كالأثمان والعرف في الرهن أن يكون بقيمة الحق، وفي الضمان أن يكون في الذمة كما أن العرف في الأثمان المطلقة أنها من نقد البلد.

وأما أبو حنيفة فإنه فرّق بين الرهن والضمان بأن بناه على أصله في أن الرهن يؤخذ بدلاً من الحق فلم يصح إلا معيناً، وليس الضمان بدلاً من الحق فجاز أن يكون معيناً.

ودليلنا: أنه رهن مجهول فوجب ألا يصح كالحمل في بطن أمه، ولأن الرهن يتضمن معنى البيع لأنه موضوع لاستيفاء الحق من ثمنه، فلما كانت جهالة المبيع مانعة من صحة البيع وجب أن تكون جهالة المرهون مانعة من صحة الرهن.

ومن الدليل على أبي حنيفة: أنها جهالة تمنع صحة الرهن فوجب أن تمنع صحة الضمان، أصله إذا شرط أن يضمن له من شاء زيد.

فأما قياسهم على الشهادة فالمعنى في الشهادة أنها لما لم يتعين بالتعين جاز إطلاقها من غير تعين، ولما تعين الرهن والضمان بالتعين لم يصح إطلاقهما من غير تعين. وأما قياسهم على الأثمان لأنها تتعين بالعرف فغلط لأن الأثمان إنما تتعين منها بالعرف وصفها دون

قدرها، فلم يجز أن يقاس عليها الرهون في تعيين قدرها ووصفها مع أن جنس الأثمان واحد فيصح تعينه بالعرف، وليس جنس الرهن واحد فيصح تعينه بالعرف، على أنه ليس في الرهن عرف يتعين به، لأنه قد يرهن القليل في الكثير والكثير في القليل، فأما فرق أبي حنيفة بين الرهن والضمان بناء على أصله فنحن نخالفه في أصله كما نخالفه في فرعه.

فصل: وإذا ثبت أن جهالة الرهن والضمين قادحة في صحة الرهن والضمان وأنهما لا يصحان إلا معينين، فالضامن لا يتعين إلا بشيء واحد، وهو الإشارة إليه مشاهدة أو تسمية، فالإشارة إليه مشاهدة أن يقول على أنّه تضمن لي هذا والإشارة إليه تسمية أن يقول على أن يضمن لك هذا زيد، ولا يصح بغير الإشارة على غير مسمى.

وأما الرهن فإنه يصح أن يكون معيناً بأحد أمرين إما بالإشارة إليه مشاهدة أو تسمية كقوله: على أن أرهنك عبدي أو أرهنك عبدي سالماً، وإما بالصفة من غير إشارة وهذا فيما يصح أن يكون موصوفاً في السلم كقوله: على أن أرهنك عبداً خماسياً ويذكر أوصافه المستحقة في السلم فيصير معين الوصف، فإذا أقبضه عبداً بتلك الصفة صار معين الذات فلم يكن له إبداله بعد قبضه بعيد على وصفه.

فصل: فإذا ثبت أن تعين الرهن والضمين بما وصفناه، فشرط في البيع رهناً أو ضميناً صح، وإن شرط رهناً أو ضميناً مجهولاً بطل الشرط في الرهن والضمان، وفي بطلان البيع قولان:

أحدهما: باطل وهو الذي نص عليه في هذا الموضع لأن البيع وإن صح أن يعرى من الرهن والضمان، فقد صار الشرط صفة من صفاته كالأجل، ثم كان الجهل بالأجل مبطلاً للبيع وإن صح أن يعرى منه، وجب أن يكون الجهل بالرهن والضمان مبطلاً للبيع وإن صح أن يعرى منه.

والقول الثاني: في أن البيع جائز وللبائع الخيار واختاره المزني، لأن الرهن ينفرد بنفسه، فلم يكن فساده في العقد بنفسه مفسداً لما اقترن به، كالصداق الذي لما صح إفراده عن العقد، لم يكن في النكاح مفسداً للنكاح الذي يقترن به، ولهذا فارق فساد الأجل، لأن الأجل لا يصح إفراده بنفسه فكان فساده في العقد مفسداً لما اقترن به.

قال المزني: الرهن فاسد للجهل به والبيع جائز للعلم به، ولمن قال بالأول أن ينفصل عن قوله بأن دخول الجهالة في الرهن وفساده يوجب دخوله الجهالة في الثمن المضمون به، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ أَرْهِنُكَ أَحَدَ عَبْدَيَّ كَانَ فَاسِداً لاَ يَجُوزُ إِلاَّ مَعْلُوماً يَعْرِفَانه جَمِيعاً بِعَيْنِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. وقد دللنا على أن رهن المجهول لا يصح، فإذا قال: أرهنك أحد عبيدي، أو أحد عبدي هذين، فالرهن وإن كان معيناً في أحد العبدين فالجهالة حاصلة فيما يتناوله الرهن من العبدين، وكان الرهن مجهولاً، إذ ليس بموصوف، ولا معين، ولأنها جهالة تمنع جواز بيعه، فوجب أن تمنع جواز رهنه كرهن ما في الصندوق أو القفل.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَصَابَ الْمُرْتَهَنُ بَعْدَ الْقَبْضِ بِالرَّهْنِ عَيْباً فَقَالَ كَانَ بِهِ قَبْلَ الْقَبْضِ فَأَنَا أَفْسَخُ الْبَيْعَ وَقَالَ الراهن بَلْ حَدَثَ بَعدَ الْقَبْضِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ مَعَ يَمِينِهِ إِذَا كَانَ مِثْلُهُ يُحَدِّثُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا وجد الرهن معيباً، فادعى المرتهن تقدم العيب ليفسخ به البيع، وادعى الراهن حدوثه ليمنع المرتهن من فسخ البيع، فلا يخلو حال العيب من ثلاثة أحوال:

أحدها: ألا يمكن حدوث مثله بعد القبض كالأصبع الزائد، فالقول قول المرتهن في تقادم العيب بلا يمين، لعلمنا بصدقه وكذب الراهن، فإن ادعى الراهن أن المرتهن كان عالماً بهذا العيب، لم تسمع منه هذه الدعوى، لأنه بادعائه حدوث العيب في يد المرتهن مكذب لنفسه فيما يدعيه من تقدم علم المرتهن.

والحال الثانية: ألا يمكن تقدم مثله قبل القبض كالشجة الدامية إذا وجدت به في الحال، وقد تقدم قبض الرهن سابقاً فالقول قول الراهن بلا يمين، لعلمنا بصدقه وكذب المرتهن. وليس للمرتهن فسخ البيع.

والحال الثالثة: أن يمكن حدوث مثله بعد القبض ويمكن تقدمه قبل القبض، فإن كانت لأحدهما بينة تشهد له بما يدعيه، عمل عليها.

والبينة شاهدان، أو شاهد وامرأتان، أو شاهد ويمين، وإن لم يكن لأحدهما بينة، فالقول قول الراهن مع يمينه لأمرين:

أحدهما: أن المرتهن بدعواه يريد فسخ عقد قد ثبت، فلم يقبل منه.

والثاني: أنه يدعي تقدم عيب لم يشاهده إلا في يده فلم يقبل منه.

فإن حلف الراهن، لم يكن للمرتهن فسخ، وإن نكل الراهن ردت اليمين على

المرتهن، فإن حلف ثبت له الفسخ، وإن نكل المرتهن أيضاً، لم يكن له الفسخ، والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قُتِلَ الرَّاهِنُ بِرِدَّةٍ أَوْ قُطِعَ بِسَرِقَةٍ قَبْلَ الْقَبْضِ كَانَ لَهُ فَسْخُ الْبَيْعِ (قال المزني) قُلْتُ أَنَا: فِي هَذَا دَلِيلٌ أَنَّ الْبَيْعَ وَإِنْ جَهِلَا الرَّهْنَ أَوْ الْحَمِيلَ غَيْرَ فَاسِدٍ وَإِنَّمَا لَهُ الْخِيَارُ فِي فَسْخِ الْبَيْعِ أَوْ إِثْبَاتِهِ لِجَهْلِهِ بِالرَّهْنِ أَوْ الْحَمِيلَ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ. (قال الشافعي) وَإِنْ كَانَ حَدَثَ ذَلِكَ بَعْدَ الْقَبْضِ لَمْ يَكُنْ لَهُ فَسْخُ الْبَيْعِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا من قبل حال القاتل والمرتد والسارق على الاستقصاء، وسنذكر منه ما يقتضيه هذا الموضع، فإذا قتل العبد المرهون في يد المرتهن بردة أو قصاص، لم يخل حال الردة والجناية من أحد أمرين: إما أن تكون حادثة بعد القبض، أو متقدمة، فإذا كانت حادثة فقد بطل الرهن، ولا خيار للمرتهن في البيع، لحدوثه في يده كحدوث العيب في يد المشتري، وإن كانت متقدمة قبل القبض، فهل للمرتهن الخيار في فسخ البيع أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: له الخيار في فسخ البيع، لأنه يجري مجرى قتله بالردة والقصاص مجرى الاستحقاق.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: لا خيار له في فسخ البيع سواء كان عالماً بردته أم لا، لأنه يجري قتله بالردة والقصاص مجرى موته بالمرض.

فصل: فإذا قطعت يده بالسرقة، فإن كانت السرقة حادثة بعد القبض، فلا خيار للمرتهن في فسخ البيع، وإن كانت متقدمة قبل القبض، نظر في حال المرتهن، فإن كان عالماً بسرقته، فلا خيار له في فسخ البيع، لأنه عيب قد كان عالماً به، وإن لم يكن عالماً بسرقته، فله الخيار في فسخ الرهن والبيع، لأنه عيب لم يعلم به وهو قادر على رده.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ مَاتَ فِي يَدَيْهِ وَقَدْ دَلَّسَ لَهُ فِيهِ بِعَيْبٍ قَبْلَ أَنْ يَخْتَارَ فَسْخَ الْبَيْعِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَخْتَارَ لَمَّا فَاتَ مِنَ الرَّهْنِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا دلس الراهن على المرتهن حتى خفي عليه، ثم علم المرتهن به فلا يخل حال الرهن بعد علم المرتهن بعيبه من أحد أمرين، إما أن يكون باقياً أو تالفاً، فإن كان باقياً، فللمرتهن فسخ الرهن والبيع، لأجل ما ظهر عليه من العيب، كما لو ظهر فيما ابتاعه عيب.

وإذا بذل له الراهن أرش العيب ليزول عنه الضرر، فيمتنع من الفسخ، لم يلزم

المرتهن قبول الأرش، وكان له فسخ الرهن والبيع، لاستحقاقه بوجود العيب كالمشتري الذي يستحق رد ما ابتاعه لوجود العيب.

وإن بذل له الأرش، فلو لم يعلم المرتهن بالعيب حتى حدث عنده بالرهن عيب آخر، كان له فسخ الرهن والبيع، بخلاف المشتري الذي ليس له الرد بالعيب إذا حدث عنده عيب آخر، والفرق بينهما: أن عيب المبيع إذا حدث في يد المشتري من ضمانه، فلم يكن له أن يرده بعد حدوث عيبه، وليس عيب الرهن إذا حدث في يد المرتهن من ضمانه، وكان له رده بعد حدوث عيبه.

فلو لم يعلم المرتهن بالعيب حتى ارتفع في يده، كان في خياره في فسخ البيع وجهان:

أحدهما: له الخيار، اعتباراً بوجوبه في الابتداء.

والثاني: لا خيار له، اعتباراً بسقوطه في الانتهاء.

فصل: وإذا كان الرهن تالفاً قبل علم المرتهن بعيبه، كعبد مات في يده، أو ثوب سرق من حرزه، ثم علم حينئذ بعيبه، فلا خيار له في فسخ البيع، لفوات رده ولا رجوع له بأرشه، فإن قيل: أليس للمشتري الرجوع بأرشه عند فوات رده؟ فهلا كان للمرتهن الرجوع بأرشه عند فوات رده؟ قيل الفرق بينهما من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن البائع لما أجبر على تسليم المبيع سليماً أجبر على تسليم أرشه معيباً، ولما لم يجبر الراهن على تسليم الراهن سليماً، لم يجبر على تسليم أرشه معيباً.

والثاني: أنه لما وجب على البائع رد الثمن عند تعذر تسليم المبيع، وجب عليه رد الأرش عند تعذر رد المبيع، ولما لم يجب على الراهن دفع الحق عند تعذر تسليم الرهن لم يجب عليه رد الأرش لفوات رد الرهن.

والثالث: أنه لما كان في منع المشتري من الأرش تفويت لحقه كان له الرجوع به، ولما لم يكن في منع المرتهن من الأرش تفويت لحقه، لأن حقه موثق في ذمة راهنه، لم يكن له الرجوع به.

فصل: وإذا ارتهن عبدين فقبض أحدهما فمات في يده ومات الآخر في يد راهنه أو مات في يده، لم يكن للمرتهن رد البيع لفوات رد ما تلف بيده.

فصل: إذا ارتهن عبداً فقتل في يد مرتهنه، ثم علم المرتهن بعيب كان به، فإن كان قتله قد أوجب مالاً، ترك مكانه رهناً، وللمرتهن فسخ البيع، لأنه وإن فات رد العبد بعينه،

فقد رد ما قام مقامه من قيمته، وإن كان قد أوجب قصاصاً، اقتص له من قاتله، وليس للمرتهن فسخ البيع لأنه وإن كان في اقتصاص سيده واسترجاع بدله لما لم يكن له الفسخ مع خروجه بالقتل والقصاص من يده، فأولى ألا يكون له الفسخ إذا علم بعيبه.

فصل: فلو بيع الرهن في حق المرتهن، ثم علم المرتهن بتقدم عيبه، ليس للمرتهن فسخ البيع وإن كان الثمن باقياً، فإن قيل: فهلا كان له فسخ البيع ورد الثمن، لأن الثمن بدل يقوم مقامه كالمجني عليه إذا أخذت قيمته، ثم علم المرتهن بعيبه، تكون القيمة المأخوذة قائمة مقام رده بعيبه، وله فسخ البيع.

قيل: الفرق بين المبيع والمجنى عليه، أن المبيع قد عاوض عليه سليماً، ولم يكن نقص العيب مؤثراً إذا لم يظهر عيبه إلا بعد نفوذ بيعه كالمشتري إذا باع ثم ظهر على عيب له، لم يكن له فسخ ولا أرش، وليس المجنى عليه كذلك لأن المأخوذ فيه قيمته التي كان يسواها وقت الجناية مع نقصه بالعيب فافترقا.

فلو أن مشتري الرهن ظهر على عيبه فرده به، وطالب برد ثمنه نظر، فإن استرجع الثمن من يد المرتهن أو من يد العدل الموضوع على يده الرهن، فللمرتهن فسخ البيع، لأن الرهن قد عاد إلى حكمه قبل البيع.

وإن كان المشتري قد رجع على الراهن بالثمن ولم يسترجعه من يد المرتهن، فليس للمرتهن فسخ البيع، لسلامه الثمن له وارتفاع ضرر النقص عنه، والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ لَمْ يَشْتَرِطَا رَهْناً فِي الْبَيْعِ فَتَطَوَّعَ الْمُشْتَرِي فَرَهَنَهُ فَلاَ سَبِيلَ لَهُ إِلَى إِخْرَاجِهِ مِنَ الرَّهْنِ وَبَقِيَ مِنَ الْحَقِّ شَيْءٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، التطوع بالرهن من غير شرط في عقد البيع جائز كجوازه لو كان مشروطاً في البيع، لأن الرهن وثيقة فيصح التطوع بها كالشهادة والضمان، ولأن الرهن عقد ينفرد بحكمه بدليل افتقاره إلى بذل وقبول، فصح عقده مفرداً وإن لم يكن مشروطاً في غيره كسائر العقود، وليس كالأجل الذي لا يصح بغير شرط في العقد، لأنه ليس بعقد ينفرد بحكمه، فإذا ثبت هذا فتطوع المشتري فأعطى البائع رهناً بالثمن من غير شرط عليه، فقد لزم الرهن بإقباضه كما لو كان مشروطاً، وليس للمشتري انتزاع الرهن إلا بعد قضاء الحق كله، وتكون جميع أحكام هذا الرهن كأحكام الرهن للشروط في البيع. إلا في شيء واحد، وهو أن البائع المرتهن إذا بان له بالرهن عيب متقدم ليس له فسخ البيع.

ولو كان مشروطاً في البيع كان له فسخ البيع، لأنه إذا كان مشروطاً فقد دخل عليه

بظهور العيب نقص، وإذا كان تطوعاً لم يدخل عليه نقص، فلم يكن له الفسخ، لأنه بعد ظهور العيب زيادة محضة تطوع بها المشتري.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ اشْتَرَطَا أَنْ يَكُونَ المَبِيعُ نَفْسَهُ رَهْناً فَالْبَيْعُ مَفْسُوخٌ مِنْ قَبْلِ أَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ المَبِيعُ إِلاَّ بِأَنْ يَكُونَ مَحْبُوساً عَلَى الْمُشْتَرِي».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا شرطا في عقد البيع أن يكون ما ابتاعه رهناً على ثمنه، كان رهناً باطلاً، وبيعاً باطلاً أما بطلان الرهن فلمعنيين:

أحدهما: أنه عقد الرهن عليه قبل ملكه له، لأنه يملك ما ابتاعه، إما بالعقد، والافتراق، أو بالعقد وحده، وهو عقد الرهن عليه قبل وجود هذين، فكان رهناً له قبل ملكه، والرهن قبل الملك باطل.

والثاني: أن عقد الرهن ينفي ضمان الثمن، لأنه عقد أمانة فإذا وجب ضمانه بالتعدي كان مضموناً بالقيمة دون الثمن، والمبيع قبل القبض مضمون على بائعه بالثمن.

فإذا جعل المبيع المضمون بالثمن رهناً لا يجب ضمانه بالثمن، صار مشترطاً في الرهن ضماناً ينافيه فبطل.

فأما بطلان البيع فلمعنيين.

أحدهما: أن عقد البيع يوجب تسليم المبيع، وعقد الرهن يوجب حبس المرهون، فإذا اشترط أن يكون المبيع رهناً فقد شرط في البيع تأخير التسليم، وبيوع الأعيان بشرط تأخير التسليم باطلة.

والثاني: أن عقد البيع ينقل منافع المبيع للمشتري كما ينقل الملك، فإذا شرط ارتهان المبيع فقد شرط لنفسه منفعة المبيع، كان البيع باطلاً.

فإن قيل: ارتهان المبيع إنما هو حبس المبيع على ثمنه وللبائع أن يحبس ما باعه حتى يقبض ثمنه، فإذا كان ذلك جائزاً من غير شرط ارتهانه، كان مع شرط ارتهانه أولى بالجواز.

قيل الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن المبيع المحبوس على ثمنه مضمون بالثمن والرهن ينفي ضمان الثمن.

والثاني: أن المبيع المحبوس على ثمنه يمنع من بيعه عند تأخر ثمنه والرهن يوجب بيعه عند تأخر ما رهن به، فافترق حكمهما من هذين الوجهين.

فصل: فإذا تبايعا سلعة بشرط أن يسلمها إلى المشتري فإذا صارت في قبض المشتري

رهنها عند البائع على ثمنها، كان الرهن باطلاً والبيع باطلاً، أما بطلان الرهن فلمعنى واحد وهو أنه رهنه قبل ملكه وأما بطلان البيع فلمعنى واحد وهو أنه شرط منفعة ما باعه.

فصل: فلو باع سلعة بغير شرط رهن المبيع، ثم ان المشتري رهنها قبل قبضها. عند بايعها أو غير بايعها، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يرهنها قبل التفرق، فالبيع جائز لسلامته من شرط يفسده والرهن باطل سواء رهنه عند البائع أو غير البائع، لأنه قبل التفرق غير مستقر الملك.

والضرب الثاني: أن يرهنه بعد التفرق فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون البائع لم يقبض الثمن فرهنه غير جائز سواء رهنه عند البائع أو عند غيره، لأن للبائع حبس المبيع على ثمنه فلا معنى لارتهانه على ثمنه، ولا عند غير بائعه لحق البائع في حبسه.

والضرب الثاني: أن يكون البائع قد قبض الثمن، ففي جواز رهنه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يجوز رهنه عند بائعه وغير بائعه، وهو قول طائفة من البغداديين وهذا مذهب من جوز إجارة المبيع قبل قبضه.

والوجه الثاني: أن هذا لا يجوز لا من بائعه ولا من غير بائعه وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وطائفة، وهذا مذهب من منع من إجارة المبيع قبل قبضه.

والوجه الثالث: أن رهنه جائز عند غير بائعه ورهنه عند بائعه غير جائز وهذا قول أكثر البصريين، لأن رهنه عند بائعه يوجب استدامة ضمانه بالثمن المنافي للرهن، ورهنه عند غير بائعه ينفي هذا الضمان، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ أَرْهِنُكَ عَلَى أَنْ تَزِيدَنِي فِي الأَجَلِ فَفَعَلاَ فَالرَّهْنُ مَفْسُوخٌ وَالْحَقُّ الأَوَّلُ بِحَالِهِ وَيَرُدُّ مَا زَادَهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

إذا كان الحق حالاً فقال من هو عليه لمن هو له: أعطيك بحقك رهناً على أن تجعل الحق مؤجلاً، أو كان الحق إلى سنة فقال من هو عليه: أعطيك به رهناً على أن تجعله مؤجلاً إلى سنتين ففعلا ذلك وأجلا الحق ووثقاه بالرهن، فالشرط في الأجل باطل، والرهن فاسد.

أما بطلان الشرط في الأجل فلمعنيين:

أحدهما: أن الأجل لا ينفرد عن العقد ولا يفرد بالعقد وإنما يلزم في البيع تبعاً للعقد، وقد عرى الأجل هاهنا عن أن يكون تبعاً للعقد.

والثاني: أن أخذ العوض عن الأجل رباً، والرهن عوض مأخوذ عن الأجل، فلم يصح.

وأما بطلان الرهن فلمعنى واحد، وهو أنه عقد على شرط خيار في مقابلته، فلما بطل الشرط في الأجل، بطل ما في مقابلته من الرهن، فإذا ثبت بطلان الشرط والرهن فالحق على ما كان عليه من قبل حلول أو تأجيل.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا أَقَرَّ أَنَّ المَوْضُوعَ عَلَى يَدَيْهِ قَبَضَ الرَّهْنَ جَعَلْتَهُ رَهْناً وَلَمْ أَقْبَلْ قَوْلَ العَدْلِ لَمْ أَقْبِضْهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، وفي المسألة اختصار، وصورتها في متبايعين شرطا في عقد البيع رهناً يضعانه على يد عدل، فأقر الراهن المشتري بتسليم الرهن، وأقر المرتهن البائع بقبض الرهن، وأنكر العدل أن يكون قبض الرهن، فالقول قول الراهن والمرتهن، والرهن قد تم ولا يؤثر فيه إنكار العدل، لأن من به يتم الرهن هو الراهن والمرتهن دون العدل، وقد أقرا بتمامه، وإذا كان قولهما مقبولاً فليس للمرتهن فسخ البيع، لإقراره بقبض الرهن، ولا للراهن الرجوع فيه لإقراره بتسليم الرهن، غير أن إقرارهما بالرهن لا يكون مقبولاً على العدل، ويكون القول قول العدل مع يمينه بالله ما قبضته إن ادعياه في يده، فإذا حلف صار الرهن تالفاً، ولا خيار للمرتهن، لأنه رهن محكوم بتلفه بعد القبض، وإن لم يدعياه في يده وكان مع أحدهما: فلا يمين على العدل، ولهما أن يضعاه على يد من يرتضيانه.

فصل: فلو أقر المرتهن والعدل بقبض الرهن، وأنكر الراهن، كان القول قول الراهن مع يمينه بالله ما أقبض، ثم لا يخلو حال الرهن الذي أقر العدل والمرتهن بقبضه من أحد أمرين:

إما أن يكون باقياً أو تالفاً، فإن كان باقياً فللراهن انتزاعه واسترجاعه، فإذا استرجعه قيل له: إن أقبضت الرهن فلا خيار للمرتهن، وإن امتنعت من إقباضه فللمرتهن في البيع الخيار، بين فسخه أو إمضائه، وإن كان الرهن تالفاً فله الرجوع بقيمته على من شاء من العدل أو المرتهن، لأن كل واحد منهما مقر بقبضه، وقد حكمنا بإقرار أنه غير مقبوض في الرهن، فصار مقبوضاً بالتعدي فلزمه ضمانه بالتلف، فإن رجع الراهن على العدل وأغرمه قيمة الرهن فلا رجوع للعدل على المرتهن، لأنه مقر أن الراهن ظلمه بها، ولا خيار للمرتهن

في فسخ البيع، لأنه مقر بقبض ما شرطه من الرهن، فإن رجع الراهن على المرتهن فأغرمه قيمة الرهن، فلا رجوع للمرتهن على العدل لأنه مقر أن العدل أمين، وأن الراهن ظالم، وللمرتهن في البيع الخيار بين فسخه وإمضائه لأن حكمنا عليه يغرم القيمة وهو حكم يرد الرهن، فلم يكن ما تقدم من إقراره بالقبض مانعاً من الفسخ وليس كذلك إذا رجع الراهن بالغرم على العدل إذ ليس فيه حكم على المرتهن برد الرهن.

فصل: ولو أقرّ الراهن والعدل بقبض الرهن وأنكر المرتهن، فلا يخلو حال الرهن من أحد أمرين، إما أن يكون باقياً أو تالفاً، فإن كان باقياً فلا يمين على المرتهن لأنه وإن أنكر قبضه من قبل، أمر بقبضه في المستقبل، فإن امتنع من قبضه ثم تلف بعد امتناعه، لزمه إمضاء البيع، ولم يكن له الفسخ، فإن كان الرهن تالفاً، فالقول قول المرتهن مع يمينه: بالله ما قبض الرهن لأنه منكر لما يدعيه الراهن من الإقباض، فإذا حلف فله الخيار في فسخ البيع: لأنه شرط فيه رهناً لم يحكم عليه بقبضه، فلا يقبل قول العدل عليه ولا يجوز أن يكون شاهداً عليه؛ لأن إقرار العدل بقبضه شهادة على فعل نفسه، وشهادة الإنسان على فعل نفسه مردودة، وليس على العدل غرم ما تلف بيده من الرهن، لأن الراهن مقر أنه أمين، فلم يلزمه ضمان والمرتهن منكر أن يكون قبض فأولى ألا يلزمه ضمان، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَأَيُّهُمَا مَاتَ قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

إذا مات أحد متعاقدي الرهن فلا يخلو ذلك من أحد أمرين، إما أن يكون قبل القبض أو بعده، فإن كان موته بعد القبض، لم يبطل بموت واحد منهما، لأن الرهن بعد القبض لازم، والعقود اللازمة لا تبطل بالموت فإذا كان كذلك نظر فإن كان الميت هو الراهن، فقد حل ما عليه من الحق المؤجل بموته والرهن على حاله في يد مرتهنه حتى يقبض الحق من ورثته أو يباع الرهن إن امتنع الوارث، ليقبض المرتهن حقه من ثمنه، وإن كان الميت هو المرتهن، فحقه في ذمة الراهن، إلى أجله، لأن الدين المؤجل يحل بموت من هو عليه، ولا يحل بموت من هو له، ثم ينظر في الرهن فإن كانت على يد عدل، وجب إقراره في يده، ولم يكن للراهن ولا لوارث المرتهن إخراجه من يده إلا أن يتفقا على إخراجه، ثم لوارث المرتهن مطالبة الراهن بالحق عند حلول أجله.

وإن كان الرهن على يد المرتهن، لم يلزم الراهن إقرار الرهن في يد وارثه إلا باختياره، وله أن ينتزعه من يد الوارث، لأنه لم يرض بأمانته ويضعانه على يد عدل يرضيان به، فإن تمانعا واختلفا ارتضى الحاكم لهما عدلاً، فإن منع الوارث من تسليم الرهن ضمنه.

فصل: وإن كان الموت قبل القبض، فالحي منهما ووارث الميت على حالهما، إن أحبا أن يمضيا الرهن أمضياه، لأن الرهن قبل القبض غير لازم. ثم هل يبطل بالموت حكم العقد المتقدم؟ حتى إن أحبا إمضاء الرهن، استأنفاه أم لا؟ على وجهين مضيا في أول الكتاب، والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الْمُزَنِيُّ**: قُلْتُ أَنَا وَجُمْلَةُ قَوْلِهِ فِي اخْتِلاَفِ الرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهَنِ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الرَّاهِنِ فِي الْحَقِّ وَالْقَوْل قَوْلُ الْمُرْتَهَن فِي الرَّهْنِ فِيمَا يُشْبِه وَلاَ يُشْبِهُ وَيَحْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى دَعْوَى صَاحِبِهِ».

قال الماوردي: اعلم أن المزني ذكر جملة مجملة لها تفصيل، وبين أصحابنا في تأويلها خلاف. وللكلام فيها مقدمة، فمقدمتها وما به ينكشف إجمالها شرح المذهب في اختلاف الراهن والمرتهن في الحق، وفي اختلافهما في الرهن، فأما اختلافهما في الحق، فعلى ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يختلفا في أصله.

والثاني: أن يختلفا في قدره.

والثالث: أن يختلفا في وصفه.

فأما القسم الأول وهو أن يختلفا في أصل الحق، فصورته أن يقول المرتهن: لي عليك ألف درهم من بيع أو قرض رهنتني بها عبدك سالماً. فيقول الراهن: ليس لك علي شيء من بيع ولا قرض، أو يقول: أقرضتني ألفاً ولم تقبضني ورهنتك سالماً على أن تقبضني ما أقرضتني، فالقول قول الراهن مع يمينه، بالله ما للمرتهن عليه الألف التي ادعاها، أو ما أقبضه الألف التي أقرضه إياها، فإذا حلف الراهن برئت ذمته في الحكم، ولا رهن بينهما، لأن الرهن إنما يصح بعد ثبوت الحق.

فصل: وأما القسم الثاني وهو اختلافهما في قدر الحق، فصورته أن يقول المرتهن، رهنتني عبدك سالماً في ألف، فيقول الراهن: رهنتك في خمسمائة، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون الراهن مقراً بخمسمائة ومنكراً ما زاد عليها.

والضرب الثاني: أن يكون مقراً بالألف كلها ومنكراً أن يكون سالم رهناً إلا في خمسمائة منها، فإن كان مقراً بخمسمائة ومنكراً ما زاد عليها، فالقول قول الراهن مع يمينه في نفس ما زاد عليها، فيقول: والله ما له أكثر من خمسمائة فإذا حلف برئت ذمته في الحكم مما زاد على خمسمائة، وكان سالم رهناً بها.

وإن كان مقراً بالألف كلها ومنكراً أن يكون سالم رهناً إلا في خمسمائة منها، فالقول قول الراهن مع يمينه: بالله ما رهنه سالماً إلا في خمسمائة وسواء كان سالم يساوي ألفاً أو خمسمائة.

وقال مالك: إن كان سالم المرهون يساوي خمسمائة فما دون، فالقول قول الراهن مع يمينه ويكون رهناً بخمسمائة، وإن كان سالم يساوي ألفاً فما زاد، فالقول قول المرتهن مع يمينه، ويكون رهناً بالألف، استدلالاً بالعادة واستشهاداً بالعرف، إن العبد يكون رهناً بقدر قيمته والدلالة عليهم عموم قوله ﷺ «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ». ولأن إنكار الراهن ما زاد على خمسمائة، أغلظ من إنكاره الرهن فيها مع إقراره بها، فلما لم يكن الاستشهاد بالعرف في اعتباره بقيمة العبد دليلاً على قبول قول المرتهن في إثبات الزيادة، لم يكن دليلاً على قبوله في إثبات الرهن في الزيادة، ولأن إنكاره الألف في جميع الرهن، أعظم من إنكاره الرهن في بعض الألف، فلما كان لو أنكر الرهن في جميع الألف، كان القول قوله ولم يعتبر العرف في الراهن أنه مما لا يوثق بذمته إلا برهن، ولا في المرتهن أنه مما لا يوثق بذمته إلا برهن، وجب إذا أنكر الرهن في بعض الألف أن يكون القول قوله مع يمينه، ولا يعتبر العرف في قيمة الرهن، ولأن الدعاوى لا تقوى بالتعارف وظهور الحال، بدليل أن دعوى العدل التقي على الفاسق الغوي في الشيء غير مقبول، وإن كان الظاهر في التعارف صدق المدعي فيها، ودعوى العطار على الدباغ عطراً لا يوجب قبول قول العطار فيه، وإن كان العرف يقتضيه، كذلك الرهن لا تعتبر قيمته في قبول قول المرتهن، وإن جاز أن يكون العرف معه، ولأن العرف في الرهن يختلف، فمن الناس من يرهن ما فيه وفاء على الحق، ومنهم من يرهن ما فيه نقصان عن الحق، فلم يجز أن يكون العرف مع اختلافه معتبراً.

فصل: وأما القسم الثالث وهو اختلافهما في صفة الحق فصورته أن يقول المرتهن: رهنتني عبدك سالماً في ألف حالة، ويقول الراهن رهنتك في ألف مؤجلة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يتفقا على أن للمرتهن ألف حالة وإن له ألفاً مؤجلة، ثم يختلفان، فيقول المرتهن، رهنتني سالماً في الألف الحالة، ويقول الراهن: رهنتك في الألف المؤجلة. فالقول قول الراهن مع يمينه، بالله ما رهنه سالماً في الألف الحالة، ويخرج سالم من الرهن في المؤجلة والحالة، أما الحالة فبيمين الراهن وأما المؤجلة فبإنكار المرتهن.

والضرب الثاني: أن يتفقا على أنها ألف واحدة وإن سالماً رهن بها، ثم يختلفان في حلولها وتأجيلها، فيقول المرتهن: هي حالة، ويقول الراهن: بل هي مؤجلة، ففيها قولان:

أحدهما: أن القول قول المرتهن، بالله أن الألف حالة، ويصير سالم رهناً في ألف حالة.

والقول الثاني: أن القول قول الراهن: بالله أن الألف مؤجلة، ويصير سالم رهناً في ألف مؤجلة وهذان القولان مبنيان على اختلاف قولي الشافعي فيمن أقر بدين مؤجل، هل يقبل إقراره في الأجل أم لا؟ فهذا حكم اختلافهما في الحق.

فصل: فأما اختلافهما في الرهن فعلى ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يختلفا في أصله.

والثاني: أن يختلفا في قدره.

والثالث: أن يختلفا في صفته وعينه، **فأما القسم الأول**، وهو اختلافهما في أصل الرهن، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يختلفا في أصل الرهن بعد استقرار الحق.

والثاني: أن يختلفا في أصل الرهن قبل استقرار الحق، فإن كان اختلافهما في أصل الرهن بعد استقرار الحق فصورته أن يقول صاحب الحق: رهنتني عبدك سالماً بالألف التي لي عليك، فيقول الذي عليه الحق: ما رهنتك سالماً ولا غيره، فالقول قوله: بالله ما رهنه سالماً، ويصير الألف بلا رهن، وإن كان اختلافهما في أصل الرهن قبل استقرار الحق فصورته، أن يقول صاحب الحق: بعتك داري بألف على أن ترهنني بها عبدك سالماً، ويقول المشتري: بعتني دارك بألف على أن لا رهن بها، فيتحالفان لأن كل واحد منهما مدع على صاحبه. فالمشتري يدعي شراء الدار بلا رهن، والبائع يدعي على المشتري عقد الرهن، فوجب أن يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، فيبدأ المشتري باليمين لا يختلف فيه المذهب، لأن يمينه لإنكار عقد الرهن، ويمين البائع لفسخ البيع لعدم الرهن فيقول المشتري: والله لقد اشتريتها بلا رهن. ثم يحلف البائع، بالله لقد بعتها برهن، فإذا حلفا جميعاً خرج العبد من الرهن، ولم يلزم البائع إمضاء البيع بلا رهن، وكان بالخيار في البيع بين إمضائه بلا رهن، وبين فسخه، وإن حلف المشتري دون البائع، خرج العبد من الرهن، ولم يكن للبائع فسخ البيع، وإن حلف البائع دون المشتري، كان العبد رهناً بالثمن، ولم يكن للبائع فسخ البيع، والله أعلم.

فصل: **وأما القسم الثاني**: وهو اختلافهما في قدر الرهن، فعلى ضربين أيضاً.

أحدهما: أن يكون اختلافهما بعد استقرار الحق، وصورته أن يقول المرتهن: رهنتني

عبديك سالماً وغانماً في الألف التي لي عليك، ويقول الراهن رهنتك عبدي سالماً وحده في الألف التي لك علي، فالقول قول الراهن مع يمينه، ويكون سالم وحده رهناً في الألف.

وقال مالك: إن كانت قيمة سالم وحده ألفاً فالقول قول الراهن، وإن كانت قيمة سالم وغانم معاً ألفاً، فالقول قول المرتهن ويكون سالم وغانم رهناً وقد مضت الدلالة عليه.

والضرب الثاني: أن يكون اختلافهما قبل استقرار الحق، وصورته أن يقول المرتهن: بعتك داري بألف على أن ترهنني سالماً وغانماً، ويقول الراهن: ابتعت دارك بألف على أن أرهنك سالماً دون غانم، فإنهما يتحالفان ثم يكون البائع في البيع بالخيار بين امضائه برهن سالم وحده وبين فسخه.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو اختلافهما في صفة الرهن وعينه، فعلى ضربين أيضاً: أحدهما: أن يكون بعد استقرار الحق، وصورته أن يقول المرتهن: رهنتني عبدك سالماً في الألف التي لي عليك، ويقول الراهن: رهنتك عبدي غانماً في الألف التي لك علي، فالقول قول الراهن مع يمينه، بالله ما رهنه سالماً، فإذا حلف خرج سالم بيمين الراهن، ولم يكن غانم في الرهن لإنكار المرتهن.

والضرب الثاني: أن يكون قبل استقرار الحق، وصورته أن يقول المرتهن: بعتك داري بألف على أن ترهنني عبدك سالماً، ويقول الراهن: ابتعت دارك بألف على أن أرهنك عبدي غانماً، فأنهما يتحالفان فإذا حلفا لم يكن سالم ولا غانم رهناً، والمرتهن بالخيار بين إمضاء البيع بلا رهن وبين فسخه، فهذا حكم اختلافهما في الرهن، فإن اختلفا في الحق والرهن معاً، كان اختلافهما في الحق على ما وصفنا وفي الرهن على ما بينا، وهذه مقدمة أوضحنا بها شرح المذهب، لنبني عليها كلام المزني واختلاف أصحابنا في تأويله.

فصل: قال المزني: وجملة قوله في اختلاف الراهن والمرتهن أن القول قول الراهن في الحق والقول قول المرتهن في الرهن، أما قوله إن القول قول الراهن في الحق فصحيح مطرد، لأن المرتهن لو قال الحق ألف وقال الراهن الحق خمسمائة، كان القول قول الراهن في الحق أنه خمسمائة.

وأما قوله: إن القول قول المرتهن في الرهن، فلا يمكن حمله على ظاهره؛ لأن المرتهن لو ادعى في الحق رهناً، وأنكره الراهن، كان القول قول الراهن، ولكن اختلف أصحابنا في تأويل مراده على ثلاثة مذاهب:

أحدها: أن مراده به إذا اختلفا في الرهن بعد تلفه. فقال الراهن: تلف الرهن بتعديك

أيها المرتهن وقال المرتهن: تلف بغير تعد، فالقول قول المرتهن في الرهن مع يمينه بالله أنه تلف بغير تعد.

والمذهب الثاني: مراد المزني به إذا اختلفا بعد تلف الرهن بالتعدي، في قدر قيمته، فقال الراهن: قيمته ألف وقال المرتهن قيمته مائة، فالقول قول المرتهن في الرهن مع يمينه، بالله أن قيمته مائة.

والمذهب الثالث: هو أصح المذاهب، أن مراده إذا اختلفا في البيع، فقال الراهن: ابتعته بلا رهن، وقال المرتهن: ما بعتك إلا برهن، فالقول قول الراهن في الحق أنه لزمه بغير رهن، والقول قول المرتهن في الرهن أنه وثيقة في الحق.

ألا تراه قال بعده: ويحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، وهما لا يتحالفان إلا في مسألة البيع، فأما في تلفه بتعد أو غير تعد فإنما يحلف أحدهما، فأما قول المزني فيما يشبه ولا يشبه، فإنما أراد به الرد على مالك فيما ذكره من اعتبار العادة من قيمة الرهن وقد ذكرناه، والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ لِرَجُلَيْنِ رَهَنْتُمَانِي عَبْدَكُمَا هَذَا بِمَائَةٍ وَقَبَضْتُهُ مِنْكُمَا فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا وَكَذَّبَهُ الآخَرُ كَانَ نِصْفُهُ رَهْناً بِخَمْسِينَ وَنِصْفُهُ خَارِجاً مِنَ الرَّهْنِ فَإِنْ شَهِدَ شَرِيكُ صَاحِبِ نِصْفِ الْعَبْدِ عَلَيْهِ بِدَعْوَى الْمُرْتَهِنِ وَكَانَ عَدْلاً حَلَفَ الْمُرْتَهِنُ مَعَهُ وَكَانَ نَصِيبُهُ مِنْهُ رَهْناً بِخَمْسِينَ وَلاَ مَعْنَى فِي شَهَادَتِهِ نَرُدُّهَا بِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا ادعى رجل على رجلين، أنهما رهناه عبدهما سالماً بمائة درهم له عليهما، لم يخل حالهما في الدعوى من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يصدقاه عليه، فيصير العبد رهناً لهما عنده على مائة درهم عليهما له، فيكون نصف العبد لكل واحد منهما رهناً على خمسين درهماً، فإذا قضاه أحدهما ما عليه، خرج نصف العبد من الرهن.

والحال الثانية: أن يكذباه عليها، فالقول قولهما مع أيمانهما، فإذا حلفا لم يكن العبد رهناً، فإن كانا يعترفان بالحق وينكران الرهن، كان الحق عليهما بلا رهن، وإن كانا ينكران الحق فلا شيء عليهما، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر، بدأ الحالف بيمينه وردت يمين الناكل على المدعي فإذا حلف حكم له بدعواه، وإن نكلا معاً ردت يمينهما على المدعي، فيحلف لكل واحد منهما يميناً، فإذا حلف لهما حكم عليهما بدعواه، وكان العبد رهناً بما ادعاه.

والحال الثالثة: وهي مسألة الكتاب، أن يصدقه أحدهما ويكذبه الآخر، فتكون حصة المصدق منهما وهي نصف العبد رهناً على خمسين، وعلى المكذب اليمين، فإن حلف، كانت حصته خارجة من الرهن، وإن نكل المكذب، رُدَّتْ يمينه على المدعي، فإذا حلف حكم له بدعواه وصار جميع العبد رهناً بمائة، نصفه بتصديق أحدهما بخمسين. ونصفه الآخر بيمين المدعي بعد نكول المكذب منهما رهن بخمسين، فأيهما قضاه خمسين، خرجت حصته من الرهن، وهي نصف العبد، وكانت حصة الآخر باقية من الرهن، فلو كان المصدق من الشريكين عدلاً، جاز أن يشهد على شريكه المكذب، لأنها شهادة لا تجر له نفعاً ولا تدفع عنه ضرراً، فلم يكن لرد شهادته معنى، فإن شهد معه عدل آخر أو امرأتان أو حلف معه المدعي، فقد كملت البينة على المكذب وصار جميع العبد رهناً لهما عنده على مائة نصفه بالتصديق ونصفه بالبينة.

فصل: فلو ادعى رجلان على رجل، أنه رهنهما عبده على مائة لهما عليه، فصدق أحدهما دون الآخر، كان نصفه رهناً عند المصدق، وحلف المكذب فلو أراد المصدق وهو عدل أن يشهد لصاحبه على المنكر، لم يجز إذا كانا شريكين، لأنه يجر بشهادته نفعاً إلى نفسه، لأنه يشهد لشريكه، وفي المسألة الأولى يشهد على شريكه.

فصل: فلو ادعى رجلان على رجلين في عبد بينهما أنهما رهناهما عبدهما على مائة درهم لهما فصدقا أحد المدعيين، كان نصف العبد رهناً عند المصدق منهما على خمسين درهماً، لكل واحد منهما ربعه رهناً على خمسة وعشرين درهماً، وعلى الراهنين أن يحلفا للمكذب من المرتهنين، فإن حلفا، كان نصفه بينهما خارجاً من الرهن.

فلو كان المصدّق من المرتهنين عدلاً، جاز أن يشهد للمرتهن المكذّب على الراهنين، لأن شهادته لا تجر إليه نفعاً، ولا تدفع عنه ضرراً، فإذا شهد حلف معه المرتهن المكذّب، وصار جميع العبد رهناً عندهما على مائة درهم، نصفه عند المرتهن المصدَّق رهن على خمسين درهماً بتصديق الراهنين ونصفه عند المرتهن المكذَّب رهن على خمسين درهماً، لقيام البينة على الراهنين، فلو صدق أحد الراهنين المرتهنين معاً، وكذَّب الراهن الآخر المرتهنين معاً، كان نصف العبد وهي حصة المصدّق من الراهنين رهناً عند المرتهنين على خمسين درهماً عند كل واحد منهما ربعه رهن على خمسة وعشرين درهماً، والنصف الثاني من العبد وهي حصة المكذّب خارجة من الرهن إذا حلف.

فلو صدَّق أحد الراهنين أحد المرتهنين وكذب المرتهن الآخر، وكذب الراهن الآخر المرتهنين معاً، كان ربع العبد وهي نصف حصة الراهن المصدِّق رهناً عند المصدَّق من

المرتهنين على خمسة وعشرين درهماً وثلاثة أرباع العبد خارجة من الرهن نصفه لمكذِّب المرتهنين وربعه لمكذِّب أحد المرتهنين.

فلو صدق أحد الراهنين أحد المرتهنين، وصدق الراهن الآخر المرتهن الآخر، وكذب كل واحد من الراهنين من صدقه صاحبه، كان نصف نصيب كل واحد منهما وهو الربع رهناً عند من صدقه على خمسة وعشرين درهماً، ويحلف كل واحد منهما لمن كذبه.

فصل: فلو ادعى ثلاثة على ثلاثة في عبد بينهم أنهم رهنوه عندهم على مائة درهم، فصدقوا أحد الثلاثة: كان ثلث العبد رهناً عند المصدَّق من الثلاثة على ثلث المائة لثلاثة أنفس، لكل واحد منهم ثلث الثلث، وهو تسع الرهن، عند المصدَّق على ثلث من المائة، وهو تسع المائة، فإذا قضاه أحد الثلاثة ما عليه وهو تسع المائة، خرجت حصته من الرهن وهي تسع العبد، لأن الثلاثة إذا عاقدوا ثلاثة، جرى على عقدهم حكم عقود تسعة، فلو صدق أحد الثلاثة جميع الثلاثة، كانت حصة المصدَّق وهي ثلث العبد رهناً عند الثلاثة على ثلث المائة عند كل واحد منهم تسع العبد رهن على تسع المائة.

فصل: فلو ادعى أربعة على أربعة في عبد بينهم أنهم رهنوه عندهم على مائة درهم، فصدق جميع الأربعة. أحد الأربعة كان العبد رهناً عند المصدَّق من الأربعة على ربع المائة لأربعة أنفس، لكل واحد من الأربعة ربع العبد واحد من ستة عشر رهن في ربع ربع المائة ستة دراهم وربع، فلو صدق أحد الأربعة جميع الأربعة، كانت حصة المصدق وهي ربع العبد رهناً عند الأربعة على ربع المائة عند كل واحد منهم ربع ربع العبد واحد من ستة عشر رهن على ربع ربع ستة دراهم وربع.

فصل: فلو ادعى ثلاثة على أربعة في عبد بينهم، أنهم رهنوه عندهم على مائة درهم، فصدق جميع الأربعة أحد الثلاثة كان ثلث العبد رهناً للأربعة عند المصدق من الثلاثة على ثلث المائة لكل واحد من الأربعة ربع ثلث العبد من اثني عشر رهن على ربع ثلث المائة ثمانية دراهم وثلث.

فلو صدَّق أحد الأربعة جميع الأربعة كانت حصة المصدَّق وهي ربع العبد رهناً عند الثلاثة على ربع المائة، عند كل واحد منهم ثلث ربع العبد واحد من اثني عشر رهن على ثلث المائة ثمانية دراهم وثلث، فهذه فصول كافية وفروع مقنعة لمن تأملها، والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا كَانَتْ لَهُ عَلَى رَجُلٍ أَلْفَانِ إِحْدَاهُمَا بِرَهْنٍ وَالأُخْرَى بِغَيْرِ رَهْنٍ فَقَضَاهُ أَلْفاً ثُمَّ اخْتَلَفَا فَقَالَ الْقَاضِي هِيَ الَّتِي فِي الرَّهْنِ وَقَالَ الْمُرْتَهَنُ هِيَ الَّتِي بِلاَ رَهْنٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُ القَاضِي مَعَ يَمِينِهِ».

قال الماوردي: وصورة هذه المسألة في رجل عليه لرجل ألفان، أحدهما برهن والآخر بغير رهن، فقضاه من الألفين ألفاً، فإن جعلها قضاء في الألف التي فيها الرهن، كانت كذلك، وخرج الرهن من وثيقة المرتهن، وإن جعلها قضاء من الألف التي ليس فيها الرهن، كانت كذلك، وكان الراهن على حاله في الألف الأخرى وثيقة للمرتهن.

فإن دفعها مطلقة من غير أن يعينها في أي الألفين، فقد اختلف أصحابنا على وجهين، أحدهما وهو قول أبي إسحاق المروزي: أن له أن يجعلها قضاء في أي الألفين شاء، كما لو طلق إحدى امرأتيه من غير تعين، كان له أن يعين الطلاق في أيهما شاء، فعلى هذا إن شاء أن يجعلها قضاء من الألف التي فيها الرهن، كان ذلك له، وإن شاء أن يجعلها قضاء من الألف التي ليس فيها الرهن فذلك له.

والوجه الثاني: هو قول أبي علي بن أبي هريرة أنها تكون قضاء في الألفين معاً، فيكون نصفها قضاء من الألف التي فيها الرهن، والنصف الآخر قضاء من الألف التي ليس فيها الرهن، لاستواء الألفين وحصول الإبراء بالدفع، فلم تكن إحدى الألفين أولى من الأخرى.

فعلى هذا ولو اتفقا بعد الدفع على أن تكون الألف قضاء من إحدى الألفين فعلى وجهين.

أحدهما: أن ذلك جائز، وتعتبر الألف المدفوعة قضاء فيما اتفقا عليه من الألفين، لأنه لما كان له ذلك قبل الدفع، جاز ذلك له بعد الدفع.

والوجه الثاني: وهو أصح، أن ذلك لا يجوز، لأن الإبراء قد حصل بالدفع، فإذا كان الدفع قد جعلها من الألفين نصفين، لم يجز أن يصير باتفاقهما قضاء من إحدى الألفين، لأنه يعتبر نقل دين بدين.

فصل: فلو دفع الألف قضاء من إحدى الألفين، ثم اختلفا، فقال الدافع القاضي: دفعتها قضاء من الألف التي برهن، وقال المرتهن: بل دفعتها من الألف التي بلا رهن، فالقول قول الراهن القاضي، لأنه بالدفع مزيل لملكه، فوجب أن يكون القول قوله في صفة إزالة ملكه كسائر الأملاك، وإذا كان القول قول الراهن القاضي، لم يخل حال المرتهن القابض من أحد أمرين، إما أن يدعي على القاضي، أنه صرح له عند الدفع أنها التي بلا رهن، أو لا يدعي ذلك، فإن ادعى أنه صرح له بذلك عند الدفع، وجب على الراهن القاضي اليمين، بالله أنه دفعها قضاء من التي فيها الرهن، وإن لم يدع أنه صرح بذلك عند

الدفع، وسأل يمينه، ففي اليمين عليه وجهان، أحدهما وهو ظاهر قول الشافعي، أن اليمين عليه واجبة لإنكار ما ادعى عليه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، أنه لا يمين عليه، لأن عدم التصريح به يوجب الرجوع إلى مراده، ومراده لا يعلم إلا بإخباره، فلم يكن للقابض سبيل إلى العلم به.

فصل: وقد يتفرع على ما ذكرنا من جهة المرتهن أن يبرىء الراهن من إحدى الألفين، ثم يختلفان، فيقول المرتهن: أبرأتك من الألف التي لا رهن فيها، ويقول الراهن: بل أبرأتني من الألف التي فيها الرهن، فالقول قول المرتهن المبرىء، لأن الإبراء كالقضاء، فلما كان القول قول القاضي وجب أن يكون القول قول المبرىء ثم الكلام في اليمين على ما مضى.

فصل: وقد يتفرع على ذلك من الضمان أن يكون على رجل ألفان، إحداهما مضمونة عنه والأخرى غير مضمونة عنه فيقضي إحدى الألفين، ثم يختلفان، فيقول القاضي: قضيت المضمونة عني، ويقول القابض: بل قبضت غير المضمونة عنك، فالقول قول القاضي مع يمينه على ما ذكرنا.

فلو أن صاحب الألفين أبرأه من إحدى الألفين، ثم اختلفا، فقال المبرىء، أبرأتك من الألف التي هي غير مضمونة، وقال من عليه الدين: أبرأتني من الألف المضمونة، كان القول قول المبرىء والكلام في يمينه على ما مضى، والدعوى على ذلك مسموعة من الضامن دون المضمون عنه.

فصل: وقد يتفرع على ذلك من الرهن والضمان، أن يكون على الرجل ألفان أحدهما برهن والأخرى بضمين فيقضي إحدى الألفين، ثم يختلف القاضي والضامن، فيقول القاضي: قضيت عن الألف التي فيها الرهن فقد خرج الرهن وبقي الضمان يقول الضامن: بل قضيت الألف التي ضمنتها عنك فقد خرج الضمان وبقي الرهن، فالقول قول القاضي لما ذكرنا والكلام في يمينه على ما مضى، ثم لا يخلو صاحب الدين، من أن يصدق القاضي أو الضامن، فإن صدق القاضي، كان الضمان بحاله، وليس للضامن إحلاف صاحب الدين، وإنما له إحلاف القاضي.

وإن كان صاحب الدين قد صدّق الضامن وكذّب القاضي، كان تصديقه مقبولاً على نفسه في سقوط الضمان وبراءة الضامن، ولا يكون مقبولاً على القاضي في بقاء الرهن، وتكون الألف الثانية له بلا رهن وضمين.

فصل: وقد يتفرع على ذلك من الرهن والضمان في القضاء والإبراء، أن يكون على رجل ألفان، إحداهما برهن والأخرى بضمين فيقضي ألفاً ويبرؤه صاحب الحق من ألف، ثم يختلف القاضي والمبرىء، فيقول القاضيّ قضيتك الألف التي فيها الرهن وأبرأتني من التي فيها الضمين، ويقول المبرىء: أبرأتك من التي فيها الرهن وقضيتني التي فيها الضمين، فهذا اختلاف غير مؤثر، وكذلك لو قالا بعكس ذلك، لحصول البراءة من الألفين معاً، بالقضاء والإبراء، وخروج الرهن والضمين، ولكن لو قال القاضي: قضيتك التي فيها الرهن وأبرأتني من التي فيها الضمين، وقال المبرىء: بل أبرأتك من التي فيها الرهن، فالقول قول القاضي في قضائه، وقول المبرىء في إبرائه، ثم ينظر في الإبراء، فإن كان بعد القضاء فلا تأثير لوقوع الإبراء قبله بالقضاء، وتكون الألف التي فيها الضمين باقية، وإن كان الإبراء كان ما دفعه من القضاء منقولاً عما فيه الرهن لتقدم البراءة منه، إلى ما فيه الضمين لبقائه عليه، ويبرأ من الألفين والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ رَهَنْتَهُ هَـذِهِ الدَّارَ الَّتِي فِي يَـدَيْهِ بِـأَلْفٍ وَلَمْ أَدْفَعْهَا إِلَيْهِ فَغَصَبَنِيهَا أَوْ تَكَارَاهَا مِنِّي رَجُلٌ وَأَنْزَلَهُ فِيهَا أَوْ تَكَارَاهَا هُوَ مِنِّي فَنَزَلَهَا وَلَمْ أُسْلِمْهَا رَهْناً فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال:

إذا ادعى رجل داراً في يده أنها مرهونة عنده على ألف له على مالكها، وقال المالك: له عليّ ألف رهنته الدار بها، غير أنني لم أقبضه إياها، وإنما غصبنيها أو تكاراها أو استعارها أو تكاراها رجل فأنزله بها، فالقول قول مالكها مع يمينه، لأن عقد الرهن لا يتم إلا بالقبض فكان الخلف في القبض، خلفاً في أصل العقد، ولو اختلفا في عقد الرهن، كان القول قول الراهن وكذلك إذا اختلفا في القبض بعد العقد، يجب أن يكون القول فيه قول الراهن، فإن قيل أليس لو اشترى رجل داراً ثم وجدت الدار في يد المشتري، فقال المشتري: اقبضنيها وقال البائع: بعته ولم أقبض، لكن غصبنيها، كان القول قول المشتري لحصول يده، وكذلك المستأجر إذا كانت الدار في يده، وقال أقبضنيها المؤجر، وقال المؤجر: بل غصبنيها المستأجر لحصول يده فهلا كان القول فيه قول المرتهن في قبض المرهون لحصول يده؟

قيل: الفرق بينهما، أن القبض في الرهن شرط في تمامه لا يصح أن يجبر على الراهن، وليست يد المرتهن دليلاً على اختياره، والقبض في البيع والإجارة واجب يجبر عليه البائع والمؤجر، فكانت يد المشتري والمستأجر دليلاً على حصوله، ويتفرع على تعليل هذا الفرق بين الإجارة، والرهن، أن إجارة الرهن من مرتهنه جائزة، ولا تحتاج إلى قبض لكونها في

قبضه، ورهن ما في الإجارة من مستأجره جائز، ويحتاج إلى قبض، وإن كان في قبضه، لما ذكرنا من أن قبض الإجارة يصح بغير إذن، وقبض الرهن لا يصح إلا بإذن، والله أعلم بالصواب.

بَابُ انْتِفَاعِ الرَّاهِنِ بِمَا يَرْهَنُهُ

«قَالَ حَدَّثَنَا إِبْرَاهِيمُ بْنُ مُحَمَّدٍ قَالَ أَخْبَرَنِي الْمُزَنِيُّ قَالَ (قال الشافعي) وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ «الرَّهْنُ مَرْكُوبٌ وَمَحْلُوبٌ» (قَالَ) وَمَعْنَى هَذَا الْقَوْلِ أَنَّ مَنْ رَهَنَ ذَاتَ دَرٍّ وَظَهْرٍ لَمْ يُمْنعِ الرَّاهِنُ مِنْ ظَهْرِهَا وَدَرِّهَا وَأَصْلُ الْمَعْرِفَةِ بِهَذَا الْبَابِ أَنَّ لِلْمُرْتَهِنِ حَقًّا فِي رَقَبَةِ الرَّهْنِ دُونَ غَيْرِهِ وَمَا يَحْدُثُ مِمَّا يَتَمَيَّزُ مِنْهُ غَيْرُهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال نماء الرهن ومنافعه من ثمرة ونتاج ودر وركوب وسكنى، ملك للراهن دون المرتهن، سواء أنفق على الرهن أم لا.

وهذا قول مالك وأبي حنيفة.

وقال أحمد بن حنبل: جميع نماء الرهن وسائر منافعه ملك المرتهن دون الراهن سواء كان هو المنفق على الرهن أم لا.

وقال أبو ثور: إذا كان الراهن هو الذي ينفق على الرهن، فالنماء والمنافع له.

وإذا كان المرتهن هو المنفق على الرهن، فالنماء والمنافع له.

فأما أحمد فاستدل بحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «الرهن محلوب ومركوب» ومعلوم أنه علق على الرهن هذا الحكم، لما حدث عقد الرهن، فلم يجز أن يكون الحلب والركوب مضافاً إلى الراهن، لأن له ذلك قبل الرهن، فعلم أنه أضاف ذلك إلى المرتهن، ليصير حكمه مستفاداً بالرهن، ولأن الرهن كالبيع في أن كل واحد منهما عقد على ملك في مقابلة عوض، ثم لما كان عقد البيع يجعل نماء المبيع ملكاً للمشتري، وجب أن يكون عقد الرهن يجعل نماء المبيع ملكاً للمرتهن.

وأما أبو ثور فاستدل بحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال «الرَّهْنُ يُرْكَبُ

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك ٢/٥٨ وأبو داود ٣/٣٤ والبيهقي في الكبرى ٢/٥٨ والخطيب في التاريخ ٦/١٨٥ وابن عدي في الكامل ١/٢٧٢، ٢/٥٧٥ وابن عبد البر في التمهيد ٦/٤٣٩.

بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُوناً وَلَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُوناً، وَعَلَى الَّذِي يَرْكَبُ وَيَشْرَبُ النَّفَقَةُ» قال: فجعل رسول الله ﷺ النماء تبعاً للنفقة، فعلم أنها ملك لمن تولى النفقة، قال: ولأن النماء في مقابلة النفقة لأن النفقة نقص وغرم والنماء زيادة وكسب، فوجب أن يكون كسب النماء لمن جعل عليه نقص النفقة.

والدلالة عليها حديث ابن المسيب مرسلاً عن أبي هريرة، أن النبي ﷺ قال: لا يغلق الرهن من راهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه.

فجعل لمالك الرهن غنمه من نماء وزيادة، وجعل عليه غرمه من مؤونة ونقص، ولأن كل من كان له ملك، كان له نماء ذلك الملك لأن الفروع تابعة للأصول، فلما كان الرهن على ملك الراهن، وجب أن يكون النماء على ملك الراهن كسائر الأملاك ولأن يد المرتهن عليه لاستيفاء حقه منه، وذلك لا يوجب تملك المنافع كحبس المبيع في يد البائع، ولأن حق المرتهن قد تعلق برقبة العبد المرهون كتعلق الجناية برقبة العبد الجاني، ثم لم يكن تعلق حق الجناية بالرقبة موجباً لتمليك المنافع، وجب أن لا يكون تعلق حق المرتهن بالرهن موجباً لتمليك المنافع.

فأما الجواب عما استدل به أحمد من قوله ﷺ «الرهن محلوب ومركوب» فيعني لراهنه وقصد به بيان الحكم بأن الراهن لا يمتنع منه وأما الجواب عن استدلاله بالبيع فالبيع لما نقل ملك المبيع إلى المشتري نقل نماء المبيع إلى المشتري، ولما لم ينقل عقد الرهن الملك إلى المرتهن لم ينقل نماء الرهن إلى المرتهن.

وأما الجواب عما استدل به أبو ثور من الخبر فالمراد به الراهن بدليلين.

أحدهما: قوله: الرهن من راهنه الذي رهنه له غنمه، وعليه غرمه.

والثاني: أنه جعل ذلك ملكاً لمن تجب عليه النفقة ولم يجعله لمن تطوع بالنفقة. والنفقة واجبة على الراهن دون المرتهن.

فوجب أن يكون بدليل هذا الحديث، النماء واجباً للراهن دون المرتهن، وهو جواب عن استدلاله.

فإذا ثبت أن النماء ملك للراهن فالكلام في خروجه من الرهن وخلاف مالك وأبي حنيفة فيه يأتي من بعد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكَذَلِكَ سُكْنَى الدُّورِ وَزُرُوعُ الأَرَضِينَ وَغَيْرُهَا».

قال الماوردي: قد مضى الكلام في أن نماء الرهن ومنافعه ملك للراهن دون المرتهن، فقدم الشافعي سكنى الدور وزروع الأرضين فإن كان الرهن داراً فللراهن حالات، حال يريد سكناها وحال يريد إجارتها، فإن أراد أن يسكنها فمنصوص الشافعي في كتبه الجديدة أن له ذلك ولا يمنع من سكناها مدة الرهن، فإذا حل الحق بيعت فيه.

وقال في الرهن الصغير والرهن القديم: يمنع من سكناها إلا أن يأذن المرتهن، وقيل: لك أن تؤجرها غيرك ولا تسكنها بنفسك.

فاختلف أصحابنا، فكان بعضهم يخرجها على قولين.

وقال آخرون وهذا الصحيح: انها ليست على قولين وإنما هي على اختلاف حالين، فالموضع الذي أجاز للراهن أن يسكنها بإذن المرتهن وغير إذنه إذا كان ثقة يؤمن جحوده والموضع الذي منع الراهن أن يسكنها إلا بإذن المرتهن إذا كان متهماً لا يؤمن جحوده. فإن أراد الراهن إجارتها، فله أن يؤاجرها مدة الرهن من غير زيادة عليها، مثاله أن تكون مدة الرهن وأجل الحق سنة، فله أن يؤاجرها سنة فما دون وليس له أن يؤاجرها أكثر من سنة فإن آجرها أكثر من سنة نظر، فإن كان الراهن قد آجرها بإذن المرتهن، صحت الإجارة ولزمت، وإن أجرها بغير إذنه ففي الإجارة قولان:

أحدهما: جائزة.

والثاني: غير جائزة، بناء على اختلاف قوليه في بيع الدار المؤاجرة، فإن قيل إن بيع الدار المؤاجرة جائز، جازت المؤاجرة وإن قيل إن بيع الدار المؤاجرة لا يجوز لم تجز الإجارة.

فإذا قلنا إن الإجارة غير جائزة، فهي باطلة فيما زاد على السنة، وهل تبطل في السنة أم لا؟ على قولين من تفريق الصفقة، لأنه عقد قد جمع جائزاً وغير جائز. وإذا قلنا الإجارة جائزة فإن لم تكن توكس في ثمن الرهن فهي لازمة في جميع مدتها، وليس للمرتهن الاعتراض، وإن كانت توكس في ثمن الرهن، بطلت الإجارة فيما زاد على السنة، وهل تبطل في السنة أم لا على قولين، لأن ما فعله الراهن مما يوكس في ثمن الرهن مردود كتزويج الأمة، وسواء رضي بذلك المرتهن فيما بعد أو لم يرض.

فصل: وإذا كان الرهن أرضاً. فللراهن حالات، حال يريد إجارتها وحال يريد زراعتها، فإن أراد إجارتها كان على ما مضى في إجارة الدار، وإن أراد زراعتها فله ذلك قولاً واحداً بخلاف سكنى الدار، فإن للساكن يداً على الدار فجاز أن يمنع منه الراهن إلا بإذن المرتهن، وليس للزارع يد على الأرض، وإنما يده على الزرع، فلم يمنع منها الراهن.

وإذا كان كذلك فله أن يزرعها ما يحصد قبل محل الحق أو معه، فإن زرعها ما يحصد بعد محل الحق ففيه قولان مبينان على اختلاف قوليه في بيع الأرض المزروعة دون الزرع.

أحدهما: لا يجوز بيعها مزروعة دون الزرع، فعلى هذا يمنع من زرعها فإن زرع لم يقلع زرعه قبل محل الحق فإذا حل الحق أخذ بقلع الزرع إلا أن يختار المرتهن تأخير حقه إلى حصاد الزرع.

والقول الثاني: أن بيع الأرض المزروعة جائز فعلى هذا لا يمنع من زرعها، فإذا زرعها وحل الحق والزرع قائم فيها، فإن قضاه الحق ترك زرعه في الأرض، وإن لم يقضه حقه بيعت الأرض، وإن كان في بيعها مع بقاء الزرع فيها، وفاء للحق، لم يؤخذ بقلع الزرع وبيعت الأرض والزرع فيها قائم، فإن لم تبلغ وفاء حقه إلا بأن يقلع الزرع، أخذ بقلعه إلا أن يجد من يشتريها منه بحقه على أنه يقلع الزرع، ثم يقر المشتري الزرع في أرضه إن شاء متطوعاً.

فصل: فأما إن أراد أن يغرس الأرض أو يبني فيها، فإنه يمنع من ذلك قولاً واحداً، لأن بيع بياض الأرض دون غراسها وبنائها غير جائز، لأن الغرس والبناء يراد به الاستدامة والبقاء وهو يوكس قيمة الأرض عن حالها بيضاء، فإن بنى أو غرس لم يؤخذ بقلع غرسه وبنائه قبل محل الحق كما قلنا في الزرع، فإن حل الحق وكان في بياض الأرض وفاء بالحق بيع البياض مفرداً، وأقر الغرس والبناء، وإن لم يكن في البياض وفاء بالحق، أخذ بقلع الغراس والبناء وبيعت الأرض بيضاء إلا أن يكون مفلساً فتباع الأرض مع الغراس والبناء، ويدفع إلى المرتهن من الثمن ما قابل قيمة الأرض بيضاء، ويدفع إلى الغرماء ما قابل قيمة الزرع والبناء.

فصل: فإن أراد الراهن أن يحدث فيها عيناً أو يحفر فيها بئراً.

فإن كانت العين والبئر يزيدان فيها ولا ينقصان ثمنها، لم يمنع من ذلك.

وإن كانا ينقصانها قبل أن يكونا فيها منع من ذلك.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَلِلرَّاهِنِ أَنْ يَسْتَخْدِمَ فِي الرَّهْنِ عَبْدَهُ وَيَرْكَبَ دَوَابَّهُ وَيُؤَاجِرَهَا وَيَحْلِبَ دَرَّهَا وَيُجِزَّ صُوفَهَا وَتَأْوَى بِاللَّيْلِ إِلَى مُرْتَهِنِهَا أَوْ إِلَى يَدَيِّ الْمَوْضُوعَةِ عَلَى يَدَيْهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

وقد منع أبو حنيفة من استخدام العبد وركوب الدابة وإجارتها بناء على أصله في استدامة قبض الرهن وقد تقدم الكلام معه في هذا الأصل. فإن كان الرهن عبداً، فله أن يؤاجره كالدار، فأما استخدامه فإن كان ثقة جاز له استخدامه كسكنى الدار، وقد خرج قول آخر أنه ليس له استخدامه بنفسه، كما خرج في سكنى الدار قول آخر أنه ليس له سكناها بنفسه فإن كان الراهن غير ثقة لم يكن له استخدامه بنفسه قولاً واحداً بخلاف سكنى الدار لأنه يقدر على إخفاء العبد ولا يقدر على إخفاء الدار عن مرتهنها، فإذا استخدمه أو آجره للخدمة فهو كالدار إذا سكنها أو آجرها للسكنى في جميع الأحكام إلا في شرط واحد، وهو أن الدار له أن يسكنها ليلاً ونهاراً والعبد له أن يستخدمه نهاراً، ويرجع في الليل إلى يد مرتهنه أو الموضوع على يده، لأن العرف جار باستخدام العبد نهاراً دون الليل، وسكنى الدار في النهار والليل، وإن كان الرهن دابة فهو في حكم العبد سواء، له أن يؤاجرها، وإن كان ثقة فله أن يركبها، ثم تعود في الليل إلى يد مرتهنها.

ولا يجوز أن يسافر بعبده ولا بدابته ولا يؤاجرهما ممن يسافر بهما لما في السفر من التغرير بهما وإحالة يد المرتهن عنهما.

فصل: فإن كان الرهن ماشية فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون عامل كالإبل والبقر العاملة في الحمولة والناضح. فحكمها حكم الدواب، لأنها مفقودة الدر والنسل مرصدة للركوب والعمل.

والضرب الثاني: أن تكون غير عوامل قد أرصدت للدر والنسل سائمة أو معلوفة، فلا يخلو حالها من أحد أمرين: ـ

إما أنْ تكون مفقودة الدر والنسل عند عقد الرهن، أو موجودة الدر والنسل فإن كانت مفقودة الدر والنسل فكلما حدث من درها ونسلها فهو للراهن.

فعلى هذا فللراهن أن يحلبها ويجز صوفها، أما الحلاب ففي وقت العادة ولا يستقصي فيه استقصاء يضر بالماشية مع ما جاء في الحديث من النهي عنه، وأما جز الصوف ففي الزمان الذي لا يضر أخذه بالماشية، يأخذه جزاً ولا يأخذه حلقاً، ويبقى منه بعد الجز ما يكون حافظاً للماشية.

وأما إن كانت موجودة الدر والنسل وقت عقد الرهن، وهو أن يكون معها حمل وفي ضرعها لبن وعلى ظهورها صوف، ففي الحمل قولان:

أحدهما: يكون داخلاً في الرهن.

والثاني: لا يكون داخلاً فيه، بناء على اختلاف قوليه في الحمل هل يأخذ قسطاً من الثمن أم لا؟ على قولين:

فأما اللبن في الضرع والصوف على الظهر فمنصوص الشافعي أنه لا يكون داخلاً في الرهن، وللراهن أن يأخذها قال الربيع: وفيه قول آخر أنه يكون رهناً، واختلف أصحابنا، فكان أكثرهم يخرِّجون اللبن والصوف على قولين كالحمل، وكان أبو علي بن أبي هريرة يقول: يدخل الصوف في الرهن ولا يدخل اللبن، ويفرق بينهما بأن اللبن منفصل لا يستبقى والصوف متصل يستبقى.

فأما ما حدث من اللبن والصوف بعد عقد الرهن وقبل القبض فهو في حكم الحادث بعد القبض لا يكون داخلاً في الرهن ولا يختلف أصحابنا فيه والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكُلُّ وَلَدِ أَمَةٍ وَنِتَاجِ مَاشِيَةٍ وَثَمَرِ شَجَرَةٍ وَنَخْلَةٍ فَذَلِكَ كُلُّهُ خَارِجٌ مِنَ الرَّهْنِ يُسَلَّمُ لِلرَّاهِنِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن نماء الرهن ملك للراهن فأما دخوله في الرهن فلا يخلو حاله من ثلاثة أضرب.

أحدها: ما يدخل في الرهن وهو النماء المتصل كالطول والسمن.

والثاني: ما لا يدخل في الرهن وهو كسب العبيد والإماء.

والثالث: ما اختلف فيه الفقهاء وهو ما سوى الكسب من النماء المنفصل كالثمرة والنتاج والدر والصوف وأولاد الإماء، ففيه ثلاثة مذاهب.

أحدها: وهو مذهب الشافعي، أن جميع ذلك خارج من الرهن.

والثاني: وهو مذهب أبي حنيفة، أن جميع ذلك داخل في الرهن.

والثالث: وهو مذهب مالك، أن ما كان من ذلك من جنس الرهن كالأولاد والنتاج، فإنه يكون داخلاً في الرهن، وما كان من غير جنسه كالدر والثمرة فإنه يكون خارجاً من الرهن.

واستدلوا بأنه نماء في الرهن فوجب أن يكون داخلاً في الرهن كالنماء المتصل ولأنه محبوس على استيفاء الحق فوجب أن يكون نماؤه محبوساً معه كالمبيع، إذا حبسه البائع على ثمنه كان نماؤه الحادث محبوساً معه كالمبيع ولأنه عقد لا يصح إلا على ملك فوجب أن

يكون النماء الحادث بعده تابعاً له كالمبيع، ولأنه عقد يقضي إلى زوال الملك فوجب أن يكون الولد فيه تابعاً لأمه كالكتابة.

ولأنه حق ثابت في الرقبة، فوجب أن يكون الولد فيه تابعاً لأمه كأم الولد والمدبرة، ولأن الولد لما كان تابعاً لأمه في الزكاة والوصية والهدي والأضحية وجب أن يكون تابعاً لأمه في الرهن.

ودليلنا حديث الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة، أن النبي ﷺ قال: «الرَّهْنُ مَحْلُوبٌ وَمَرْكُوبٌ» فلما لم يكن ذلك للمرتهن ثبت أنه للراهن، ولرواية سعيد بن المسيب مرسلاً ومسنداً عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال «لاَ يَغْلَقُ الرَّهْنُ الرَّهْنَ مِنْ رَاهِنِهِ الَّذِي رَهَنَهُ لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ» وغنمه نماؤه.

فإن قيل: فقد جعل النبي ﷺ غنمه ملكاً للراهن ولم يجعله خارجاً من الرهن، ونحن نقول: إنه ملك للراهن وإنما نختلف في خروجه من الرهن، فالجواب عنه من وجهين: أحدهما أنه جعل غنم الرهن ملكاً للراهن على الإطلاق ودخوله في الرهن يمنع من إطلاقه.

والثاني: أن النبي ﷺ فرق في الحديث بين الرهن وبين غنمه ومعلوم أن الرهن على ملك راهنه، فعلم أن ما أضافه إليه من غنمه مخالف لما لم يضفه إليه من رهنه ولا وجه يختلفان فيه إلا خروجه من الرهن وعدم دخوله فيه، ولأنه نماء منفصل من الرهن، فوجب أن يكون خارجاً من الرهن كالكسب ولأن النماء عين يصح أن تفرد بالعقد فلم يجز أن تدخل في الرهن إلا بعقد كالأم، ولأن الرهن وثيقة في الحق، فوجب أن لا يسري حكمه للولد كالشهادة والضمان.

ولأنها عين محتبسة لاستيفاء الحق منها من غير زوال ملك مالكها، فوجب أن لا يتبعها ولدها كالعين التي آجرها، ولأن حق الجناية آكد ثبوتاً من حق الرهن، لأن حق الجناية يطرأ على الرهن وحق الرهن لا يطرأ على الجناية، ثم كان حق الجناية مع تأكده لا يسري على ولد الجانية، فحق الرهن مع ضعفه أولى ألّا يسري إلى ولد المرهونة.

وتحرير علته، أنه حق تعلق بالرقبة لاستيفائه منها، فوجب ألا يسري إلى ولدها كالجناية، فأما الجواب عن قياسهم على النماء المتصل فمنتقض أولاً بالكسب، ثم المعنى في المتصل أنه تابع للأصل في موضع الأصول، لعدم تمييزه عنه والمنفصل غير تابع للأصول لتمييزه عنه ألا ترى أن المتصل تابع للأصل في الإجارة والجناية والبيع إذا رُدَّ بعيب، فكذلك يتبع الأصل في الرهن، والمنفصل لا يتبع الأصل في الإجارة والجناية ولا المبيع إذا رُدَّ بعيب، فكذلك لا يتبع الأصل في الرهن.

وأما الجواب عن قياسهم على المبيع إذا حبسه البائع على ثمنه فغير مسلم لأن عندنا أن البائع إذا حبس المبيع لاستيفاء ثمنه، لم يكن له حبس النماء الحادث بعد مبيعه.

وأما الجواب عن قياسهم على آلبيع فدليلنا أنه يوجب كون النماء لمالك الأصل، لأن المشتري قد ملك الأصل، كذلك الرهن لما كان على ملك الراهن، وجب أن يكون خالصاً للراهن.

وأما الجواب عن قياسهم على الكتابة بعلة أنه عقد يفضي إلى زوال الملك فمن ثلاثة أوجه:

أحدها: منع الوصف بأنه يفضي إلى زوال الملك، لأن الكتابة وإن أفضت إلى زوال الملك فالرهن لا يفضي إلى زوال الملك، لأنه يفضي إلى استيفائه وثيقة لمرتهنه وإن طالت المدة، وإنما بيعه يفضي إلى زوال الملك.

والجواب الثاني: أنه وإن سلم لهم الوصف، فقد اختلف قول الشافعي في ولد المكاتبة على قولين:

أحدهما: أنه موقوف لا يتبعها وكذا ولد المدبرة.

والقول الثاني: أن حكمه معتبر بحكم أمه في الحرية والرق، فإن عتقت المكاتبة بالأداء والمدبرة بموت السيد، عتق ولدهما وإن عجزت ورقت رق ولدها فإن قيل لا يتبعها سقط السؤال.

وإن قيل يتبعها فهو ليس يتبعها في الكتابة وإنما يتبعها في الحرية، فلم يسلم لهم الحكم لأنهم يقولون: إن ولد المرهونة داخل في الرهن، وولد المكاتبة قد بينا أنه لا يدخل في الكتابة.

والجواب الثالث: أن المكاتبة لما تبعها كسبها تبعها ولدها والرهن لما لم يتبعه الكسب لم يتبعه الولد والجواب عن قياسهم على أم الولد في أن ولدها من غير السيد يتبعها في العتق بموت السيد فالقياس منتقض بولد الجانية.

ثم المعنى أن سبب حريتها مستقر استقراراً يمنع من إزالته، فجاز أن يسري إلى الولد لقوته والرهن لا يستقر استقراراً يمنع من إزالته، فلم يسر إلى الولد لضعفه، وأما المدبرة فهل يتبعها ولدها أم لا، على قولين، وأما المكاتبة فلا يتبعها ولدها في الكتابة ولكن هل يثبت له... حكمها أم لا؟ على قولين: وأما نتاج الماشية، فإنما كان تبعاً للأمهات في حول الزكاة لأنه لما ارتفق أرباب الأموال بالربا والماخض ارتفق المساكين بحول السخال وليس كذلك الرهن، فأما ولد الموصى بها، فإن كان قبل موت الموصي لم يتبعها وإن كان بعد الموت والقبول تبعها لانتقال الملك، وإن كان بعد الموت وقبل القبول فعلى قولين:

أحدهما: للورثة، هذا إذا قيل إن القبول هو التملك.

والثاني: للموصي له، وهذا إذا قيل إن القول يبنى على ملك سابق، وكذلك الحكم في ولد المرهونة.

وأما ولد الهدي والأضحية فيتبع للهدي والأضحية لزوال الملك عنها إلى المساكين، وكان الولد حادثاً على ملك المساكين.

وأما ولد المغصوبة فيتبع لأمه في الضمان لحصول التعدي فيهما.

وأما ولد المودعة ففيه وجهان:

أحدهما: أنه كأمه أمانة لا يلزمه ضمانه.

والثاني: أنه مضمون بخلاف أمه، لأنه مؤتمن على أمه دون ولدها.

وأما ولد العارية ففيه وجهان:

أحدهما: أنه كأمه مضمون لأنه فرع لأصل مضمون.

والوجه الثاني: أنه غير مضمون بخلاف أمه، لأن الانتفاع بالأم أوجب ضمانها، ولما لم يكن الانتفاع بالولد لم يجب ضمانه والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَعَلَيْهِ مُؤْنَةُ رُهُونِهِ وَمَنْ مَاتَ مِنْ رَقِيقِهِ فَعَلَيْهِ كَفَنُهُ وَالْفَرْقُ بَيْنَ الأَمَةِ تُعْتَقُ أَوْ تُبَاعُ فَيَتْبَعُهَا وَلَدُهَا وَبَيْنَ الرَّهْنِ أَنَّهُ إِذَا أَعْتَقَ أَوْ بَاعَ زَالَ مِلْكُهُ وَحَدَثَ الوَلَدُ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ وَإِذَا رُهِنَ فَلَمْ يَزَلْ مِلْكُهُ وَحَدَثَ الوَلَدُ فِي مِلْكِهِ إِلاَّ أَنَّهُ مُحَوَّلٌ دُونَهُ لِحَقٍّ حُبِسَ بِهِ لِغَيْرِهِ كَمَا يُؤَاجِرُهَا فَتَكُونَ مُحْتَبِسَةً بِحَقِّ غَيْرِهِ وَإِنْ وَلَدَتْ لَمْ يَدْخُلْ وَلَدُهَا فِي ذَلِكَ مَعَهَا وَالرَّهْنُ كَالضَّمِينِ لاَ يَلْزَمُ إِلاَّ مَنْ أَدْخَلَ نَفْسَهُ فِيهِ وَوَلَدُ الأَمَةِ لَمْ يَدْخُلْ فِي الرَّهْنِ قَطُّ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

كل نفقة احتاج الرهن إليها من نفقة مطعم ومشرب ونفقة دواء وعلاج ونفقة مراعاة وحفظ، فهي واجبة على الراهن دون المرتهن.

وقال أبو حنيفة: نفقة المطعم والمشرب على الراهن، ونفقة المراعاة والحفظ على المرتهن، ونفقة الدواء وعلاج الدبر معتبرة بقيمة الرهن، فإن كانت بقدر الحق أو أقل فهو على المرتهن، وإن كانت قيمة الرهن أكثر من الحق فهو على الراهن والمرتهن بالقسط، مثاله أن يكون الحق بقيمة نصف الرهن، فالنفقة بينهما نصفان: وهذا خطأ، لرواية أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ قال: الرهن من راهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه فجعل الغرم واجباً عليه من غير أن يوجبه على غيره.

ولأنه مالك لرقبته، فوجب أن يكون ملتزماً للنفقة كسائر الملاك ولأنها نفقة تجب على المالك في غير الرهن، فوجب أن يجب عليه في الرهن كالأكل والشرب.

فصل: فإذا ثبت وجوب النفقة على الراهن، فإن شرطها الراهن على المرتهن، كان الشرط والرهن باطلين. من غير شرط، كان متطوعاً بالنفقة سواء كان الراهن حاضراً أو غائباً، إلا أن يكون أنفق بأمر الراهن، أو أذن الحاكم عند غيبة الراهن، فيجوز أن يرجع بما أنفقه.

فصل: فأما كيفية النفقة وما يجب منها وما لا يجب فهي على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما كانت واجبة.

والثاني: ما كانت غير واجبة.

والثالث: ما كانت واجبة على وجه التخيير، فأما ما كانت واجبة فهي نفقة المطعم والمشرب في الحيوان دون غيره، وهي واجبة لا رخصة له في تركها، ولا تخيير بينها وبين غيرها.

فإن كانت مما تعلف ولا ترعى وجب عليه علفها، وإن كانت مما ترعى ولا تعلف وجب عليه رعيها ولم يكن له علفها. لأن ما يرعى ولا يعلف يضرُّ به العلف.

وإن كانت مما ترعى وتعلف معاً، فالراهن مخير بين رعيها وعلفها، إلا أن يكون الرعي مخوفاً فليس له رعيها وعليه علفها حفظاً لوثيقة الرهن.

فصل: فأما ما كانت من النفقة غير واجبة، فنفقة الدواء وعلاج المرض لا يجب على الراهن، وقال الشافعي رحمه الله: لأن ذلك قد يذهب بغير علاج وكذلك لو كان الرهن داراً فاستهدمت لم يلزمه عمارتها.

فلو أراد الراهن علاج ما مرض ومرمة ما استهدم، لم يكن للمرتهن منعه منه، فإن أراد المرتهن أن يفعل ذلك ليرجع به على الراهن لم يكن له، ولو أراد أن يتطوع به كان له، ولم يكن للراهن أن يمنعه إذا كان ما يعالجها به نافعاً، فإن عالجها بشيء ينفع في حال ويضر في أخرى منع، فإن فعل ضمن.

فأما ما كانت من النفقة واجبة على وجه التخيير، فنفقة الحفظ والمراعاة وارتياد الحرز والسكن فهي واجبة عليه، فإن فعل ذلك بنفسه سقط عنه، وإن أبى إلا بماله وجب عليه وكذا مؤونة نقل الرهن إلى المرتهن أو إلى يد الموضوع على يده واجبة على الراهن أيضاً.

وأما مؤونة رده بعد الفكاك واستيفاء الحق ففيها وجهان، أحدهما على الراهن أيضاً لتعلقها بالملك.

والوجه الثاني: أنها على المرتهن لأنه عليه ردّه بعد استيفاء الحق فكانت مؤونة الرد على من وجب عليه الرد.

فأما مؤونة ردّ العبد الآبق والجمل الشارد فواجب على الراهن وكذا عليه كفن من مات من رقيقه ومؤونة دفنه.

فصل: قال الشافعي في كتاب الأم ولو كان الرهن ماشية في بادية فأجدب موضعها، لم يؤمر المالك بعلفها إذا كانت سائمة وكلف ربها النجعة بها، فإن أراد النجعة بها وأراد المرتهن حبسها، قيل للمرتهن إن رضيت أن تنجع بها وإلاّ اختر أن تضعها على يد عدل ينجع بها إذا طلب ذلك ربها.

قال الشافعي رضي الله عنه: فإن أرادت الماشية النجعة من غير جدب والمرتهن المقام، قيل لرب الماشية: ليس لك إخراجها من البلد الذي رهنتها به إلا من ضرر عليها، وفي هذه الحالة لا ضرر عليها فوكل برشلها من شئت يعني بالرشل اللبن. وقال الشافعي: وإن أراد المرتهن النجعة من غير جدب، قيل له: ليس لك تحويلها من البلد الذي ارتهنتها به وبحضرة مالكها إلا من ضرورة، فتراضيا بمن شئتما، ممن يقيم في الدار أن تكون على يديه ما كانت الدار غير مجدبة، فإن لم يفعل أجبرناه على رجل تأوي إليه.

فصل: فإن كانت الأرض التي رهنها بها غير مجدبة وغيرها أخصب منها، لم يجبر واحد منهما على نقلها منها، وإن أجدبت فاختلفت نجعتها إلى بلدين مشتبهين في الخصب، فسأل رب الماشية أن تكون معه وسأل المرتهن أن تكون معه، قيل لهما: إن اجتمعتما ببلد فهي مع المرتهن أو الموضوعة على يديه، وإن اختلفتما أجبرتما على عدل تكون على يديه في البلد الذي ينتجع إليه رب الماشية لينتفع برشلها، فأيهما دعا إلى بلد فيه عليها ضرر لم يجب إليه لحق الراهن في رقابها ورشلها وحق المرتهن في رقابها.

فصل: قال الشافعي رحمه الله، وإن كان الحق إلى أجل فقال المرتهن للراهن في حال تساقط الماشية من الهزال والضرر: مر من يذبحها ويبيع لحومها وجلودها، لم يكن ذلك على الراهن، لأن الله عز وجل قد يحدث لها الغيث فيحسن حالها، وإن كان حالاً أخذ الراهن ببيعها.

قال الشافعي: إذا أصابها مرض وكان الحق إلى أجل، لم يكلف الراهن علاجها لأن ذلك قد يذهب بغير علاج.

ولو كانت الماشية أوارك أو خميصه أو غوادي فاستؤنيت مكانها، فسأل المرتهن الراهن أن ينجعها إلى موضع غيره، لم يكن ذلك على الراهن، لأن المرض قد يكون من غير المرعى.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَأَكْرَهُ رَهْنَ الأَمَةِ إِلاَّ أَنْ تُوضَعَ عَلَى يَدَيْ امْرَأَةٍ ثِقَةٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

إذا رهن أمة له فالواجب أن توضع على يدي امرأة ثقة، لأنها عورة ذات فرج، فإن شرط أن تكون على يد المرتهن أو على يدي رجل عدل، فإن كان مأموناً ذا زوجة جاز أن توضع على يديه، وإن كان غير مأمون أو كان مأموناً لكنه أعزب غير ذي زوجة، لم يجز أن توضع على يديه لقول النبي ﷺ لا يخلون رجل بامرأة فإن الشيطان ثالثهما[1].

سواء كانت جميلة تدعو الشهوة إليها، أو كانت قبيحة لا تدعو الشهوة إليها لأن القبيحة تشتهي، وسواء كانت مما يحبل مثلها أو كانت مما لا يحبل لصغر أو إياس؛ لأن المنع ليس لأجل الإحبال وحده، وإنما المنع خوفاً من مواقعة الفاحشة، وسواء رضي بذلك الراهن أم لا، لأن هذا المنع لا يختص بها لأجل ملكه وإنما هو لحق الله تعالى خوفاً من مواقعة ما حرم الله، وإذا ثبت أنها لا توضع على يد المرتهن وإن شرط كونها على يده، فإن هذا الشرط لا يقدح في صحة الرهن؛ لأنه شرط لم يمنع منه لأجل الملك وإنما منع منه لحق الله تعالى، فتوضع على يد امرأة ثقة، فلو رهنها ولم يشرط في العقد من توضع على يديه، صح العقد بخلاف رهن غيرها من الأملاك، فإن غيرها من الأملاك المنقولة إذا لم يذكر في العقد من يكون على يديه بطل العقد في أحد الوجهين، وفي الأمة لا يبطل وجهاً واحداً، والفرق بينهما أن الأمة ليست لها إلا جهة واحدة تكون موضوعة فيها، وهي أن تكون موضوعة على يد امرأة ثقة، وغيرها من الرهون له جهات شتى يجوز أن يكون فيها، فبطل الرهن مع الإطلاق على أحد الوجهين لاختلاف الجهات.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ أَخْذُهَا لِلْخِدْمَةِ خَوْفاً أَنْ يَحْبِلَهَا».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن منافع الرهن للراهن، وهو غير ممنوع منها ما لم يكن فيها سبب يفضي إلى إبطال وثيقة المرتهن، أو إلى النقصان فيها، فإذا كان الرهن أمة، فلها منفعتان، استخدام واستمتاع فأما الاستخدام فهو غير ممنوع؛ لأنه لا يفضي إلى إبطال وثيقة المرتهن ولا إلى النقصان فيها.

وأما الاستمتاع فإن كانت ممن يخاف حبلها فهو ممنوع من الاستمتاع بها، لأن حبلها

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢٦/١ والترمذي معلقاً ٤٧٤/٣ عقب حديث (١١٧١) وموصولاً في الفتن (٢١٦٥) وقال: حديث غريب من هذا الوجه.

يفضي إلى إبطال وثيقة المرتهن فيها وإن كانت ممن لا يخاف حبلها لصغر أو آياس، ففي جواز الاستمتاع بها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: يجوز استمتاعه بها ولا يمنع منه، لأنها منفعة لا تفضي إلى إبطال وثيقة المرتهن منها ولا إلى النقصان فيها.

وتعليل الشافعي يقتضيه والوجه الثاني وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، أنه يمنع من الاستمتاع، لأن عادة النساء في زمان الحمل مختلفة، فربما أسرع إليها بقوة الطبع وفَرْط الحرارة، وربما تأخر لضعف الطبع وكثرة البرودة، فكان حسم ذلك لاختلافه خوفاً من حدوث الإحبال أولى.

كما أن طباع الناس لما كانت تختلف في السكر فمنهم من يسكر بالقليل ومنهم من لا يسكر به، منع من قليله وكثيره.

فإذا تقرر هذان الوجهان، فإن قيل: إنه ممنوع من الاستمتاع بها، لم يجز أن يخلو بها في الاستخدام لها خوفاً من مواقعتها سواء كانت جميلة أم لا، إلا أن يأذن المرتهن فيجوز، لأن هذا المنع ليس لحق الله تعالى كمنع المرتهن فإذا أذن جاز.

فإذا قيل: إنه غير ممنوع من الاستمتاع، جاز أن يخلو بها في الاستخدام لها، لأن أكثر ما يخاف من الخلوة بها أن يطأ والوطء مباح له، والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَا كَانَتْ مِنْ زِيَادَةٍ لَا تَتَمَيَّزُ مِنْهَا مِثْلُ الْجَارِيَةِ تَكْبُرُ وَالثَّمْرَةُ تَعْظُمُ وَنَحْوَ ذَلِكَ فَهُوَ غَيْرُ مُتَمَيِّزٍ مِنْهَا وَهِيَ رَهْنٌ كُلُّهَا».

قال الماوردي: قد ذكرنا حكم الزيادة المتصلة فيما مضى قبل.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ الرَّهْنُ مَاشِيَةً فَأَرَادَ الرَّاهِنُ أَنْ يُنَزِّيَ عَلَيْهَا أَوْ عَبْداً صَغِيراً فَأَرَادَ أَنْ يَخْتِنَهُ أَوْ احْتَاجَ إِلَى شُرْبِ دَوَاءٍ أَوْ فَتْحِ عِرْقٍ أَوِ الدَّابَّةِ إِلَى تَوْدِيجٍ أَوْ تَبْزِيغٍ فَلَيْسَ لِلْمُرْتَهَنِ أَنْ يَمْنَعَهُ مِمَّا فِيهِ لِلرَّهْنِ مَنْفَعَةٌ وَيَمْنَعُهُ مِمَّا فِيهِ مَضَرَّةٌ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا كان الرهن ماشية، فإن كانت ذكراناً فله أن ينزيها على إناثه ما لم يتجاوز فيها العرف، لأن الإنزاء من منفعتها ولا ينتقص شيء من ثمنها، فإن كانت إناثاً فأراد أن ينزي عليها ذكراناً، فإن كانت تضع قبل حلول الحق فله ذلك، وليس للمرتهن منعه منه في أوانه، لما في منعه من تعطيل نفعها وذهاب نتاجها، فإن قيل: أليس لو كان الرهن جارية لم يكن للراهن أن يزوجها خوفاً من حبلها. فهلا كان ممنوعاً في الماشية من الإنزاء عليها لأجل حبلها قيل الفرق بينهما من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن النتاج في الماشية هو المنفعة المقصودة والنماء المطلوب غالباً، وليس كذلك في الإماء.

والثاني: أن غالب الولادة في الإماء مخوف وليس كذلك في الماشية.

والثالث: أن الولادة في الإماء في الغالب نقص وليس كذلك في الماشية.

فأما إذا كانت لا تضع قبل حلول الحق، فهل له الإنزاء عليها أم لا؟ على قولين مبنيين على اختلاف قوليه في الماشية هل تباع إذ حل الحق وهي حوامل أم لا؟ على قولين: -

أحدهما: يجبر الراهن على بيعها عند حلول الحق وإن حملت وهذا على القول الذي يقول إن الحمل تبع، فعلى هذا له أن ينزي عليها وليس للمرتهن منعه.

والثاني: أن الراهن لا يجبر على بيعها عند حلول الحق إذا حملت حتى تضع وهذا على القول الذي يقول إن الحمل يأخذ قسطاً من الثمن.

فعلى هذا ليس له أن ينزي عليها إلا بإذن المرتهن وللمرتهن منعه منه لما فيه من تأخير حقه.

وعلى هذين القولين، لو كانت الماشية ذكراناً وأناثاً، كان وجوب التفرقة بين ذكرانها وأنثاها، على قولين، فلو قال الراهن: أنا أنزي عليها وأبيعها عند محل الحق حوامل، كان هذا وعداً، وله ألّا يفعل وللمرتهن أن يمنعه منه.

فصل: وإن كان الرهن عبداً وأراد الراهن أن يختنه، فإن كان حقه حالاً أو مؤجلاً يحل قبل برئه من الختان، فإن للمرتهن منعه، لأن في بيعه قبل برئه نقصاً في ثمنه، وإن كان الحق مؤجلاً يحل بعد برئه من الختان، لم يكن للمرتهن منعه لورود الشرع به إلا أن يكون في شدة حر أو برد أو بالعبد ضنى من مرض يخشى عليه إنْ ختن فيمنع منه حتى يطيب الزمان فيزول المرض، فأما إن أراد أن يحجمه فله ذلك ولا يمنع، لأن الحجامة نافعة في الغالب غير مخوفة في العادة.

فأما الفصاد فهو أخوف وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «قَطْعُ الْعُرُوقِ مَسْقَمَةٌ وَالْحِجَامَةُ خَيْرٌ مِنْهُ»(١).

فإن لم تدعه إلى الفصاد حاجة منع منه، وإن دعته إلى الفصاد حاجة لم يمنع منه، فقد روي عن النبي ﷺ «أَنَّهُ أَرْخَصَ لأُبَيِّ بِنْ كَعْبٍ فِي الْفَصْدِ»(٢).

---

(١) أخرجه ابن عساكر كذا في تهذيب تاريخ دمشق ٣٢٧/٧ وانظر كنز العمال (٢٨٤٨٠).
(٢) أخرجه أحمد في المسند (٣١٥١٢).

وأما إن وقعت في عضو من أعضائه أكلة فأراد قطعها فإن كان الخوف من القطع أكثر من الخوف من الأكلة، منع من قطعها، وإن كان الخوف من الأكلة أكثر من الخوف من القطع لم يمنع.

وإن كان الخوف من الأكلة كالخوف من القطع نظر، فإن كان القطع يزيد في ثمنه لم يمنع، وإن كان لا يزيد فيه منع.

فأما شرب الدواء فنوعان، مخوف وغير مخوف، فأما غير المخوف كالشراب والسعوط فغير ممنوع منه، وأما المخوف فما لم تدع إليه حاجة فهو ممنوع منه، وإن دعت إليه حاجة فعلى ثلاثة أقسام.

أحدها: أن تكون السلامة فيه أغلب من الخوف، فهذا غير ممنوع منه.

والثاني: أن يكون الخوف منه أغلب من السلامة، فهذا ممنوع منه.

والثالث: أن يستوي فيه السلامة والخوف، فيمنع منه لأنه مخوف.

فصل: وإن كان الرهن دابة، فحكمها حكم العبد وحكم التوديج والتبزيغ حكم الحجامة والفصاد، لأن التوديج في الرقبة والتبزيغ في اليدين فيجوز للراهن أن يفعله وليس للمرتهن منعه على النحو الذي وصفناه، فأما المرتهن فليس له أن يفعل شيئاً من ذلك كله بحال، لأن الرهن ملك لغيره، فلم يجز أن يتصرف في غير ملكه.

بـاب رهـن المشتـرك

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا رَهَنَاهُ مَعاً عَبْداً بِمَـائَةٍ وَقَبَضَ الْمُـرْتَهَنُ فَجَائِـزٌ وَإِنْ أَبْرَأَ أَحَدُهُمَا مِمَّا عَلَيْهِ فَنِصْفُهُ خَارِجٌ مِنَ الرَّهْنِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال ـ إذا كان عبد بين رجلين فرهنا معاً عند رجل بمائة درهم صح الرهن، بوفاق أبي حنيفة: وإن كان في رهن مشاع مخالفاً؛ لأنه لما صح بيع عبدهما عليه صح رهن عبدهما عنده وإذا صح رهنه صار كل واحد منهما نصفه بخمسين، فإن قضاه أحدهما: أو أبرأه أحدهما خرجت حصته وهي نصف العبد من الرهن، وقال أبو حنيفة: إذا أبرأ أحدهما لم تخرج حصته من الرهن حتى يؤدي الشريك ما عليها، وتبرئه المرتهن منه بناء على أصله في أن رهن المشاع لا يجوز في ابتداء عقده، فكذا لا يجوز أن يصير الرهن مشاعاً في انتهاء فكه.

ودليلنا الجواب على أصلنا في أن رهن المشاع جائز في الابتداء، فكذا لا يجوز أن يصير الرهن مشاعاً في الانتهاء؛ لأنه قد برىء من جميع ما كان ملكه مرهوناً فيه فوجب أن يخرج من الرهن كالمتفرد، ولأنها براءة تنفك بها رهن المنفرد فوجب أن ينفك بها رهن المشتري. أصله: إذا برىء الشريكان والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ رَهَنَهُ مِنْ رَجُلَيْنِ بِمَائَةٍ وَقَبَضَاهُ فَنِصْفُهُ مَرْهُونٌ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِخَمْسِينَ فَإِنْ أَبْرَأَهُ أَحَدُهُمَا أَوْ قَبَضَ مِنْهُ نِصْفَ المِـائَةِ فَنِصْفُهُ خَارِجٌ مِنَ الرَّهْنِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا رهن رجل واحد عبداً له من رجلين على مائة درهم لهما عليه وصح الرهن، كان نصفه رهناً عند كل واحد منهما على خمسين، فيصير الرهن في هذه المسألة واحداً، والمرتهن اثنين، وفي المسألة الأولى كان المرتهن واحداً والراهن اثنين، والحكم فيهما سواء، فإذا برىء الراهن من حق أحدهما بأداء أو إبراء خرج نصف العبد من الرهن وكان نصفه الباقي رهناً في يد الآخر حتى يؤدي إليه حقه وتبرئه منه.

فصل: إذا رهن الرجل الواحد عبدين له عند الرجل الواحد على مائتي درهم فذلك على ضربين:

أحدهما: أن يرهن جميع العبدين على جميع المائتين، فهذا رهن واحد قد اشتمل على عبدين، فإن قضاه أحد المائتين لم ينفك واحد من العبدين، فإن قضاه جميع المائتين انفك جميع العبدين، ولو كان قد أقبضه أحد العبدين كان المقبوض رهناً بجميع المائتين.

والضرب الثاني: أن يرهن كل واحد من العبدين في مائة فيصيرا رهنين راهنهما واحد، ومرتهنهما واحد، فإن قضاه إحدى المائتين انفك أحد العبدين، ولو كان قد أقبضه أحد العبدين كان المقبوض رهناً في إحدى المائتين، فيجري عليهما حكم العقدين إذا كانا من راهنين أو مرتهنين، فلو اختلفت قيمة العبدين فقال الراهن قضيت المائة التي فيها أكثر العبدين قيمة وقال المرتهن بل قضيت المائة التي فيها أقل العبدين قيمة كان القول قول الراهن.

فصل: ولو كان الراهن قضاه مائة ينوي بها إحدى المائتين بكمالها من غير أن يكونَ قد عينها في أحد العبدين، ثم أراد الراهن أن يفك بها أكثر العبدين قيمة، وأراد المرتهن أن يفك أقلهما قيمة ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: إن المائة المقضية موقوفة على خيار الراهن في تعيينها في أي العبدين شاء، فعلى هذا له أن يأخذ أي العبدين شاء بعد أن يعين المائة فيه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إن المائة المقضية لا تكون موقوفة على خيار الراهن في التعيين، ولا على خيار المرتهن لوقوع الإبراء بالأداء، فعلى هذا قد برىء في إحدى المائتين لا بعينها، وخرج من الراهن أحد العبدين لا بعينه، وبقي في الرهن أحد العبدين لا بعينه، وليس للراهن أن يتصرف في أحد العبدين بعينه، لجواز أن يكون هو المرهون، ولا يجوز للمرتهن أن يحبس أحد العبدين بعينه، لجواز أن يكون هو المفكوك، ويوضع العبدان على يدي عدل للجهل بتعيين المفكوك من المرهون، إلا أن يصطلحا على فك أحدهما بعينه، وبقاء الآخر بعينه

فصل: فلو كان الراهن قضاه مائة مطلقة، ولم ينو بها إحدى المائتين بكمالها كان على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي إنها موقوفة وله أن يصرفها إلى أي المائتين شاء، ويفك بها العبد المرهون فيها.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة إنها تكون قضاء من المائتين نصفين، ولا ينفك واحد من العبدين.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ الرَّهْنُ مِمَّا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ كَانَ لِلَّذِي افْتِكَّ نِصْفَهُ أَنْ يُقَاسِمَ الْمُرْتَهَنُ بِإِذْنِ شَرِيكِهِ».

قال الماوردي: وإنما عطف الشافعي بهذه المسألة على المسألة الأولى، وهو أن يكون الراهن اثنين والمرتهن واحد، فينفك حصة أحد الراهنين من الرهنين، إما بأداء أو إبراء، فلا يخلو حال الرهن إذاً من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون مما لا يقسم جبراً ولا صلحاً كالعبد والدابة، فتكون الحصة الخارجة من الرهن شائعة، ولمالكها التصرف فيها، كتصرف الشركاء في المشاع.

والقسم الثاني: أن يكون مما يقسم جبراً، وهو ما تماثل أجزاؤه من الحبوب المكيلة والمائعات الموزونة، فإذا ادعى الشريك إلى القيمة أجبر الشريك الراهن والمرتهن على مقاسمته، فإن قسم ذلك بنفسه، وأخذ من الحملة قدر حصته، من غير أن يتقاسمه المرتهن والشريك والراهن ففيه وجهان:

أحدهما: أن ذلك لا يجوز، لأن الملك مشترك بينها فلم يجز أن يتفرد أحدهما بتمليك بعضه، وعلى هذا يكون ما أخذه بالقسمة بينها، وعليه ضمانة وما تركه بينهما، وليس عليه ضمانة.

والوجه الثاني: أن ذلك جائز، لأن ما أخذه لو كان غاصباً ضمنه بمثله، فإذا كان شريكاً ضمنه بحقه، فعلى هذا لو أخذ بالقسمة أكثر من حقه ملك منه قدر حصته، وضمن الزيادة لشريكه.

والقسم الثالث: أن يكون مما يقسم صلحاً ولا يقسم جبراً، وهو ما اختلفت أجزاؤه وتفاضلت قيمته، كالبقر والأرض والعروض والنبات، فلا تصح للقسمة إلا برضى الراهن الباقي والمرتهن، فإن تفرد أحدهما بمقاسمته تصح القسمة؛ لأن للراهن حق الملك وللمرتهن حق المنفعة الوثيقة، فإن رضي الراهن دون المرتهن لم يجبر المرتهن؛ لحقه في الوثيقة، فإن رضي الراهن دون المرتهن لم يجبر المرتهن؛ لحقه في الوثيقة، ولو رضي المرتهن دون الراهن لم يجبر الراهن لحقه في الملك، ولكن لو رضيا معاً وجعل أحدهما إلى

الآخر مقاسمة الشريك جاز ذلك وصحت القسمة، سواء قاسمه الراهن بإذن المرتهن، أو قاسمه بإذن الراهن.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَأْذَنَ رَجُلٌ لِرَجُلٍ فِي أَنْ يَرْهَنَ عَبْدَهُ إِلاَّ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ أَوْ أَجَلٍ مَعْلُومٍ».

قال الماوردي: وقد تقدمت هذه المسألة في باب بيع الحاكم والاستحقاق واستوفينا منصوصها، واستقصينا فروعها، فإذا استعار أرضاً لرهنه جاز وفيه قولان:

أحدهما: أن يجري مجرى العارية، فعلى هذا يصح أن يستعيره ليرهنه من غير أن يذكر قدر الحق ووصفه ومستحقه.

والثاني: أن يجري مجرى الضمان، وهو الذي نص عليه في هذا الموضع، فعلى هذا لا يصح حتى يذكر قدر الحق ووصفه ومستحقه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِي** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ رَهَنَهُ بِأَكْثَر لَمْ يَجُزْ مِنَ الرَّهْنِ شَيْءٌ».

قال الماوردي: لأنا قد ذكرنا إذا أذن له مالك العبد أن يرهنه بمائة، جاز أن يرهنه بالمائة فما دون، فإن رهنه بأكثر من مائة كان رهنه فيما زاد على المائة باطلاً، وفي المائة على قولين من تفريق الصفقة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ رَهَنَهُ بِمَا أَذِنَ لَهُ ثُمَّ أَرَادَ أَخْذَهُ بِافْتِكَاكِهِ وَكَانَ الْحَق حَالاً كَانَ ذَلِكَ لَهُ وَتَبِعَ فِي مَالِهِ حَتَّى يُوفَى الغَرِيمُ حَقَّهُ وَلَوْ لَمْ يُرِدْ ذَلِكَ الْغَرِيمُ أَسْلَمَ عَبْدَهُ الْمَرْهُونَ وَإِنْ كَانَ أَذِنَ لَهُ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَأْخذَهُ بِافْتِكَاكِهِ إِلاَّ إِلَى مَحِلِّهِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أنه إذا رهن المستعير بما أذن له على الوصف الذي ذكره ثم أراد المالك أن يأخذه المستعير بفكاكه، فإن كان الحق منجزاً فله ذلك، وإن كان مؤجلاً فعلى قولين:

أحدهما: له ذلك إذا قيل إنه يجري مجرى العارية؛ لأن العواري مسترجعه.

والقول الثاني: ليس له ذلك إذا قيل إنه يجري مجرى الضمان، لأن الضمان لا يستحق فيه الرجوع قبل المحل، وقد استوفينا في فصول هذه المسائل ما يغنى عن إعادته، وسنذكر فصولاً تتعلق بها.

فصل: إذا استعار رجلان من رجل عبداً ورهناه عند رجل على مائة درهم، كان نصفه

رهناً لكل واحد منهما على خمسين درهماً، فإن أقضاه أحدهما خمسين خرج نصفه من الرهن، ولو استعار رجل عبدين من رجلين لكل واحد منهما أحد العبدين ورهنهما عند رجل على مائة درهم كان للراهن أن يفتك أحد العبدين ويدفع نصف المائة؛ لأنه إذا كانا لمالكَيْن جرى عليهما حكم العقدين، فإن كان المرتهن عالماً بأن العبدين لرجلين فلا خيار له في فسخ البيع المشروط ارتهان العبد، وإن كان المرتهن جاهلاً بأن العبدين الاثنين فإن قضاه الراهن ما قضاه مجتمعاً وافتكها معاً فلا خيار له، وإن قضاه عن أحدهما وافتك واحداً منهما فهل له الخيار في فسخ البيع أم لا؟ على قولين: حكاهما أبو حامد في جامعه.

أحدهما: لا خيار له، لبقاء وثيقته في باقي الحق.

والقول الثاني: له الخيار لأن فكهما معاً خير للمرتهن من فك أحدهما.

فصل: ولو كان العبد بين رجلين، وكان العبد بينهما نصفين، فاستعاره رجل لرهنه عند رجل، وأقر بمائة درهم فرهنه عنده على المائة، ثم أراد الراهن أن يفك إحدى الحصتين قبل الأخرى، فإن كان المرتهن عالماً أن العبد لرجلين فللراهن أن يفك أي الحصتين شاء، بأن يدفع خمسين درهماً ويفك نصف العبد، فإن كان المرتهن جاهلاً فإن العبد لرجلين فهل للراهن أن يفك إحدى الحصتين، قيل فكاك الأخرى أم لا؟ على قولين نص عليهما في الرهن الكبير في الجديد.

أحدهما: ليس له ذلك إلا أن يفك جميعه، لأنه رهن واحد، كما لو رهن عبداً لنفسه بمائة ثم أدى تسعين لم يكن له أن يفك تسعة أعشاره، فعلى هذا لا خيار للمرتهن في البيع.

والقول الثاني: وهو أصح: له أن يفك حصته أيهما شاء، ويخرج نصف العبد من الرهن.

قال الشافعي: كما لو استعار من رجل عبداً ومن آخر عبداً جاز له أن يفك أحدهما دون الآخر، والرجلان، وإن كان في ملكيهما في كل واحد منهما لا يتجزأ فأحكامهما في البيع والرهن حكم مالكي العبدين المتفرقين، فعلى هذا هل للمرتهن الخيار في فسخ البيع أم لا؟ على قولين. وكذا لو كان عبدين شريكين فاستعار أحد الشريكين حصة شريكه ورهنها مع حصته فهل له أن يفك إحدى الحصتين قبل الأخرى أم لا؟ على قولين.

فصل: ولو كان العبدان رجلين فأذنا لرجل أن يرهنه عند رجلين بمائة فرهنه بها، فللراهن أن يعطي خمسين لأحدهما ويفك نصف العبد، وهل له أن يعطيه خمسة وعشرين ويفك ربع العبد أم لا؟ على قولين:

فلو وكل المرتهنان رجلاً يقبض حقهما فأعطاه الراهن خمسين وقال هي قضاء ما علي ولم يدفعها الوكيل إلى واحد منهما حتى قال له ادفعها إلى أحدهما قال الشافعي: كانت للذي أمره بدفعها إليه، فلو دفعه الوكيل إليهما معاً فقبضاها ثم قال هي لفلان لم يكن لأحدهما أن يأخذ من الآخر ما قبض من مال غريمه، ألا ترى أنه لو وجد لغريمه مالاً وأخذه لم يكن لغريمه إخراجه من يده.

فصل: قال الشافعي في الرهن الكبير في الأم في باب الرسالة في الرهن: وإذا دفع رجل إلى رجل متاعاً فقال ارهنه عند فلان فرهنه عنده ثم اختلف الراهن والمرتهن، فقال الراهن: إنما أمرت الرسول أن يرهن عندك بعشرة، وقال المرتهن جاءني في رسالتك أن أسلفك عشرين فأعطيته إياها وكذَّبه الرسول فالقول قول الرسول والمرسل؛ لأنهما ينكران دعواه وله إحلاف كل واحد منها.

قال الشافعي: ولا أنظر إلى قيمة الرهن، ويشبه أن يكون قال ذلك رداً على مالك.

قال الشافعي: فلو صدقه الرسول فقال: قبضت منك عشرين ودفعتها إلى المرسل وكذبه المرسِلُ كان القول قول المرسِل مع يمينه، وكان الراهن عليه عشرة والرسول ضامن للعشرة التي أقر بقبضها الزائدة على العشرة المأمور بقبضها.

فصل: قال الشافعي في باب الرسالة في الرهن: ولو اختلف الرسول والمرسِل فقال المرسِل أمرتك أن تستلف منه عشرة بغير رهن، فالقول قول المرسل مع يمينه، والعشرة حالة عليه بلا رهن، وإنما كان كذلك؛ لأن قول الرسول دعوى غير مقبولة عليه؛ ولأن ضمانه على الرسول من العشرة، لأن المرسل قد أقر بقبضها. قال الشافعي: فلو قال المرسل أمرتك بأن تأخذ عشرة على عبد فلان، وقال الرسول بل على ثوبك منها، أو عبد غير العبد الذي قاله المرسل، فالقول قول الآمر، والعشرة حالة عليه، ولا رهن فيما أقر به المرسل، ولا فيما رهن الرسول، إلا أن يجدد فيه رهناً، وإنما كان كذلك، لأن ما رهنه الرسول لم يأذن فيه المرسل، وما أذن فيه المرسل لم يرهنه الرسول.

قال الشافعي: ولو أقام المرتهن يسأل البينة أنه أمره برهن العبد دون الثوب، وأنه نهاه عن رهن الثوب كانت البينة بينة المرتهن، وجعلت ما قامت بينة عليه رهناً، والبينتان ههنا يمكن أن تكونا صادقتين؛ لأنه قد بينها عن رهنه بعد ما يأذن فيه ويرهن ولا ينفسخ ذلك الرهن والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ رَهَنَ عَبْدَهُ رَجُلَيْنِ وَأَقَرَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا

بِقَبْضِهِ كُلِّهِ بِالرَّهْنِ وَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ رَهْنَهُ وَقَبْضَهُ كَانَ قَبْلَ صَاحِبِهِ وَلَيْسَ الرَّهْنُ فِي يَدَيْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَصَدَّقَ الرَّاهِنُ أَحَدَهُمَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ وَلاَ يَمِينَ عَلَيْهِ وَلَوْ أَنْكَرَ أَيُّهُمَا أَوَّلُ أُحْلِفَ وَكَانَ الرَّهْنُ مَفْسُوخاً وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ فِي أَيْدِيهِمَا مَعاً وَإِنْ كَانَ فِي يَدَيْ أَحَدِهِمَا وَصَدَّقَ الَّذِي لَيْسَ فِي يَدَيْهِ فَفِيهَا قَوْلاَنِ: أَحَدُهُمَا يُصَدَّقُ وَالآخَرُ لاَ يُصَدَّقُ لأَنَّ الَّذِي فِي يَدَيْهِ الْعَبْدُ يَمْلِكُ بِالرَّهْنِ مِثْلَ مَا يَمْلِكُ الْمُرْتَهِنُ غَيْرُهُ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) قُلْتُ أَنَا أَصَحُّهُمَا أَنْ يُصَدَّقَ لأَنَّهُ حَقٌّ مِنَ الْحُقُوقِ اجْتَمَعَ فِيهِ إِقْرَارُ الْمُرْتَهِنِ وَرَبِّ الرَّهْنِ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) ثُمَّ رَأَيْتُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ الَّذِي هُوَ فِي يَدَيْهِ لأَنَّ الرَّاهِنَ مُقِرٌّ لَهُ أَنَّهُ أَقْبَضَهُ إِيَّاهُ فِي جُمْلَةِ قَوْلِهِ وَلَهُ فَضْلُ يَدَيْهِ عَلَى صَاحِبِهِ فَلاَ تُقْبَلُ دَعْوَى الرَّاهِنِ عَلَيْهِ إِلاَّ أَنْ يُقِرَّ الَّذِي فِي يَدَيْهِ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْ قَبَضَهُ فَيَعْلَمُ بِذَلِكَ أَنَّ قَبْضَ صَاحِبِهِ قَبْلَهُ.».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا كان لرجل عبد فادعى عليه رجلان بارتهانه منه فقال: أحدهما رهنتني عبدك هذا، وأقبضت كل واحد فهو رهن بحقي وقال الآخر بل رهنتنيه وأقبضتنيه قبل كل واحد فهو رهن بحقي، فلا يخلو حال هذا العبد من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكذبهما معاً.

والثاني: أن يكذب أحدهما ويصدق الآخر.

والثالث: أن يصدقهما معاً.

فأما القسم الأول: وهو أن يكذبهما جميعاً فيقول ما رهنته من واحد منكما، فلا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون هناك بينة أو لا يكون، فإن كانت هناك بينة فلا يخلو إما أن تكون لأحدهما أو لهما، فإن كانت البينة لأحد المدعيين حكم بها وجعل العبد رهناً في يد صاحبها، والبينة هاهنا شاهدان أو شاهد وامرأتان أو شاهد ويمين، لأنها مسموعة فيما يفضي إلى مال، وإن كانت البينة لكل واحد من المدعيين جميعاً فقد تعارضت البينتان، وقد اختلف قول الشافعي في البينتين إذا تعارضتا على ثلاثة أقاويل:

أحدها: إسقاطها والرجوع إلى الدعوى.

والثاني: الإقراع بينهما والحكم لمن قرعت منهما،

والثالث: استعمالها وقسم الشيء بينها، فيجيء في هذا الموضع قولان:

أحدهما: إسقاط البينتين والرجوع إلى الدعوى.

والثاني: الإقراع بين البينتين والحكم لمن قرعت منها.

واختلف أصحابنا في تخريج القول الثالث في هذا الموضع، وهو استعمال البينتين، وجعل العبد بينهما نصفين على وجهين وهذا حكم البينة، فأما إن لم يكن هناك بينة فالقول قول المالك مع يمينه بالله ما رهنه من واحد منهما، فإن حلف فالعبد غير مرهون عن واحد منهما، وإن نكل فاليمين على المدعيين، فإذا ردت عليهما لم يخل من ثلاثة أحوال:

إما أن يحلفا معاً، أو ينكلا معاً، أو يحلف أحدهما وينكل الآخر، فإن حلفا ففيه وجهان: أصحهما لا يكون رهناً عند واحد منهما، لأن يمين كل واحد منهما تعارض يمين صاحبه.

والثاني: أن يكون العبد رهناً بينهما.

وإن نكلا لم يكن العبد رهناً عند واحد منها.

فإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضي به رهناً للحالف دون الناكل، فهذا حكم القسم الأول في تكذيبه لهما.

فصل: وأما القسم الثاني وهو أن يصدق أحدهما ويكذب الآخر فيقول: رهنته من فلان وأقبضه دون غيره، فلا يخلو حال المكذب من أحد أمرين:

إما أن يكون له بينة، أو لا يكون له بينة.

فإن لم يكن له بينة فالقول قول الراهن المقر من كون العبد رهناً عند المصدق وهل عليه اليمين أم لا؟ على قولين، المنصوص منها في هذا الموضع أنه لا يمين عليه؛ لأن اليمين تجب زجراً للمستحلف ليرجع عنها فيحكم برجوعه، وهذا الراهن لو رجع عن إقراره لم يحكم برجوعه، فلم يكن لوجوب اليمين عليه فيه وجه.

والقول الثاني: وهو مخرج من قوله في الإملاء في الزوجة إذا أنكحها الوليان وصدقت أحد الزوجين أن عليها اليمين في أحد القولين، وفي الراهن إذا أقر بجناية عبده المرهون وقبل قوله أن عليه اليمين وإن لم يقبل رجوعه، ووجه وجوب اليمين عليه أنه قد يستفاد بها إن نكل أن ترد على المكذب فيستحق بها إن حلف ما سنذكره، وإذا ثبت هذان القولان في وجوب اليمين عليه، فإن قلنا: لا يمين عليه أو عليه اليمين فحلف كان العبد رهناً في يد المصدق، وإن قلنا عليه اليمين فنكل عنها لم يخل حاله من أحد أمرين:

إما أن ينكل عن اليمين ويعترف للمكذب، أو ينكل عنها ولا يعترف للمكذب، فإن نكل عنها واعترف للمكذب لم ترد اليمين على المكذب، لحدوث الاعتراف له، ويصير الراهن بهذا الاعتراف راجعاً عن الأول مقر للثاني فلم يقبل رجوعه عن الأول، وكان العبد رهناً بيده لما تقدم من إقراره وهل يغرم قيمة الرهن للثاني أم لا؟ على وجهين مخرجين من

اختلاف قوليه فيمن أقر في دار بيده لزيد ثم أقربها لعمرو، وهل يغرم قيمتها لعمرو أم لا؟ على قولين خرج منهما هذان الوجهان:

أحدهما: عليه غرم قيمة العبد يكون رهناً بيد الثاني لتفويته الرهن عليه بإقراره المتقدم.

والوجه الثاني: وهو أصح في هذا الموضع: أنه لا غرم عليه، لأنه قد أقر بما لزمه ولم يتلف عليه مالاً فيلزمه غرمه، وهذا إن نكل واعترف، فأما إن نكل ولم يعترف فإن اليمين ترد على المكذِّب فإن نكل عنها كان العبد رهناً بيد المصدق ولا شيء للمكذب وإن حلف المكذب ردت اليمين عليه وكانت يمينه بعد نكول الراهن عنها بمنزلة إقراره للأول فاستويا، وإذا كان كذلك فقد حكاهم ابن أبي هريرة فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الرهن منسوخ، لأن جميعه لا يصح أن يكون مرهوناً عند كل واحد منهما.

والوجه الثاني: أن العبد يجعل رهناً بينهما نصفين، لأنهما فيه متساويان.

والوجه الثالث: أن العبد رهن للأول لما تقدم من إقراره، وعليه أن يغرم قيمته وتكون رهناً بيد الثاني لأجل اعترافه، فهذا الحكم فيه إذا لم يكن للمكذب بينة، فأما إن كانت للمكذب بينة تشهد له فلا يخلو حال المصدق من أحد أمرين:

إما أن يكون له بينة تعارض بينة المكذب، أو لا تكون له بينة فإن لم تكن له بينة حكم للمكذب ببينته، وكان العبد رهناً بيد المكذب دون المصدق، لأن البينة أولى من الإقرار وإن كان للمصدق بينة سمعت لا على الراهن؛ لأنه مقر والمقر لا تسمع عليه البينة بإقراره، ولكن تسمع في معارضة بينة المكذب، فإذا تعارضت قوى المصدق بالإقرار له فحكم له لقوله، وسقطت البينتان لتعارضهما، وكان العبد رهناً بيد المصدق، وهذا حكم القسم الثاني في تصديق أحدهما ويكذب الآخر.

فصل: فأما القسم الثالث: وهو أن يصدقهما معاً، فيقول قد رهنته من كل واحد منكما وأقبضته، فمعلوم أن ذلك غير ممكن، إلا أن يتقدم أحدهما على الآخر، والمتقدم منهما أحق برهنه من المتأخر، وإذا كان كذلك لم يخل حال الراهن من أحد أمرين: إما أن يعلم المتقدم منهما أو لا يعلم، فإن قال كنت علمت المتقدم فيهما فالقول قوله مع يمينه ما لم يكن لواحد من المرتهنين بينة، وإنما لزمه اليمين قولاً واحداً؛ لأنه لو رجع عنهما وعن الأول منها قبل منه فلذلك لزمته اليمين، وإذا كانت اليمين لازمة له لم يخل من أحد أمرين: إما أن يحلف أو ينكل، فإن حلف فمذهب الشافعي أن الرهن مقسوم وسواء كان الرهن في يده أو

في يد أحد المرتهنين، لاستوائهما في الدعوى، وسقوط دعويهما باليمين، وفي الرهن وجه آخر لبعض أصحابنا أنه لا ينفسخ بيمين الراهن؛ لأن يمينه لم تكن لنفي الرهن وإنما كانت لنفي العلم فلم يجز أن يبطل بها الرهن، وإذا لم يبطل الرهن بيمينه كان الحكم فيه كما لو نكلا عن اليمين وجب ردها على المرتهنين ولها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن ينكلا عنها، فالرهن حينئذ مفسوخ لنكولهما، والعبد في يد مالكه غير مرهون.

الحالة الثانية: أن يحلف أحدهما وينكل الآخر، فيقضى للعبد رهناً في يد الحالف منهما دون الناكل.

والحالة الثالثة: أن يحلفا معاً ففيه وجهان:

أحدهما: أن الرهن مفسوخ لتعارض بينتهما.

والثاني: أنه رهن بينهما لتساويهما، وهذا حكم الرهن إذا لم يعلم تقدم أحدهما على الآخر، فأما إذا علم تقدم أحدهما على الآخر. قال هو فلان دون فلان، فلا يخلو حال العبد المرهون من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون في يد الراهن.

والثاني: أن يكون في يد أحد المرتهنين.

والثالث: أن يكون في يد المرتهنين جميعاً.

والرابع: أن يكون في يد أجنبي.

فإن كان في يد الراهن فالقول قوله، ويكون رهناً لمن أقر له ما لم يكن للآخر بينة، وهل عليه التمييز أم لا؟ على ما ذكرنا من القولين أحدهما: لا يمين عليه، لأنه لو رجع لم يقبل رجوعه.

والثاني: عليه اليمين زجراً له لينكل عنها فترد على الآخر.

فإن قيل لا يمين عليه أو عليه اليمين فحلف كان العبد رهناً في يد المقر له بالتقدم دون الآخر، وإن قيل عليه اليمين فنكل عنها ردت على الآخر، فإن نكل عنها كان العبد رهناً بيد المقر له بالتقدم، وإن حلف ففي الرهن ثلاثة أوجه مضت.

أحدها: أن يكون الرهن مفسوخاً لتعارضهما.

والثاني: يكون بينها لتساويهما.

والثالث: يكون رهناً بيد المقر له بالتقدم، ويغرم للراهن قيمته تكون رهناً بيد الآخر، وهذا حكم القسم الأول في كون العبد بيد الراهن، **وأما القسم الثاني**: وهو أن يكون العبد بيد أحد المرتهنين، وهذا على ضربين:

أحدها: أن يكون قد أقر بالتقدم لمن هو في يده، فالقول قوله وهل عليه اليمين أم لا؟ على قولين ثم على ما مضى.

والضرب الثاني: أن يكون قد أقر بالتقدم والسبق لمن ليس العبد بيده، ففيه قولان منصوصان:

أحدهما: أن القول قول صاحب اليد دون المرتهن، ووجهه أن في اليد ينافي التداعي، ألا ترى لو تداعيا عبد بعبد مبيعاً لا رهناً وكان العبد في يد أحدهما فصدقهما على البيع وأقر بالتقدم والسبق لغير صاحب اليد لم يقبل إقراره، وكان القول قول صاحب اليد كذلك في الرهن، فعلى هذا يكون القول قوله مع يمينه، فإن حلف كان العبد رهناً بيده، وإن نكل كان العبد رهناً بيد المقر له بالتقدم من غير أن ترد عليه اليمين؛ لأن ارتهانه من صاحب اليد قد بطل بنكوله ومع هذا الإقرار لم يحتج إلى يمين.

والقول الثاني: وهو الصحيح أن القول قول الراهن دون صاحب اليد، ووجهه أن اليد في الرهن ليست بيانا لصحة الدعوى ألا ترى لو أنكر الرهن وكان في يده لم تكن يده دليلاً على صحة دعواه، وكذلك إذا اعترف أن رهنه بعد الأول رهناً فاسداً، كما لو أنكره ولم تكن يده دليلاً على صحة دعواه، ويفارق البيع من وجهين:

أحدهما: أن البيع ينقل الملك، واليد تدل على الملك، وليس كذلك الرهن.

والثاني: أن البيع قد أزال ملك البائع فصار مقراً في غير ماله فلم يقبل إقراره على صاحب اليد، والرهن لم يزل ملك الراهن وكان مقراً في ملكه، وكان إقراره نافذاً على صاحب اليد، فعلى هذا القول قول الراهن وهل عليه اليمين أم لا على ما ذكرنا من القولين ثم على ما مضى حلفه ونكوله، وهذا حكم القسم الثاني في كون العبد في يد أحد المرتهنين.

وأما القسم الثالث: وهو أن يكون العبد في يد المرتهنين جميعاً. فمنصوص الشافعي أن القول قول الراهنين في جميع العبد ويكون العبد كله رهناً في يد المقر له، وهل على الراهن اليمين أم لا؟ على ما ذكرنا من القولين، وقال أبو علي بن أبي هريرة يكون القول قول الراهن في نصف العبد وهو الذي في يد المقر له، وفي النصف الآخر الذي في يد المرتهن

الآخر على قولين؛ لأنه أقر به لغيره من هو في يده، وهذا ليس بصحيح، وما نص عليه الشافعي أولى؛ لأنهما قد استويا في اليد وفضل أحدهما بالإقرار فكان الحكم له.

وأما القسم الرابع: وهو أن يكون الرهن في يد أجنبي، فإنه يسأل عن يده، فإنْ كانت نابتة عن الراهن فالحكم فيه كما لو كان في يد الراهن، وإن كانت نابتة عن أحد المرتهنين كان حكمه كما لو كان في يد المرتهن، وإن كانت غاصبة لا ينوب بها عن أحد، فالحكم فيه كما لو كان في يد الراهن، لأنه مستحق اليد بحكم الملك.

فصل: فأما المزني فإنه قال أصحهما عندي أن يصدق؛ لأنه حق من الحقوق اجتمع فيه إقرار المرتهن ورب الرهن، ثم رأيت أن القول قول المرتهن الذي هو في يده الفصل إلى آخره.

وكان أول كلامه دليلاً على أنه اختار أن يكون القول قول الراهن دون صاحب اليد؛ لأنه قال: أصحهما عندي أن يصدق يعني الراهن لأنه حق من الحقوق اجتمع فيه إقرار المرتهن ورب الرهن، ثم آخر كلامه يدل على أنه اختار أن يكون القول قول صاحب اليد دون الراهن؛ لأنه قال: ثم رأيت أن القول قول المرتهن الذي هو في يديه، فاختلف أصحابنا فكان بعضهم يقول للمزني أيضاً في المسألة قولان للشافعي، وقال أكثر أصحابنا إن المزني قال: أصحهما عندي أن القول قول الراهن على مذهب الشافعي وهو صريح أصوله، والذي أراه على مذهبي أن القول قول المرتهن؛ لأنه ذكر في اختياره قولين ثم أخذ بنص اختياره مما تقدم ذكره والله تعالى أعلم.

بابُ رهن الأرضِ

مسـألة: قَـالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْـهُ: «إِذَا رَهَنَ أَرْضاً وَلَمْ يَقُـلْ بِبَنَـائِهَـا وَشَجَـرِهَـا فَالْأَرْضُ رَهْنٌ دُونَ بِنَائِهَا وَشَجَرِهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح: إذا رهن أرضاً ذات نبات وشجر فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يشترط دخول نباتها وشجرها في الأرض، فيكون جميع ذلك رهناً مع الأرض وفاقاً.

والقسم الثاني: أن يشترط خروج نباتها وشجرها من الرهن فيكون جميع ذلك خارجاً من الرهن، وتكون الأرض وحدها رهناً.

والقسم الثالث: أن يطلق الرهن في الأرض من غير أن يكون منه في البناء والغراس شرط، فالذي نص عليه الشافعي في الرهن أن الأرض تكون رهناً دون نباتها، وقال في كتاب البيوع: إذا باعه الأرض ذات البناء والشجر مطلقاً، كان البناء والشجر داخلاً في البيع تبعاً للأرض، فاختلف أصحابنا في ذلك على ثلاثة مذاهب:

أحدها: أن الحكم في البيع والرهن سواء، وأن البناء والشجر خارج من العقد وغير تابع للأرض في البيع والرهن، وحملوا ما ذكروه في البيوع على بيع الأرض بحقوقها، وأما مع الإطلاق فلا.

والمذهب الثاني: أنهم خرجوا في الرهن من البيوع قولاً، وفي البيوع في الرهن قولاً، وجعلوا مسألة الرهن والبيوع معاً على قولين:

أحدهما: دخول البناء والشجر في عقد البيع والرهن تبعاً للأرض لأنه متصل بالأرض فأشبه حقوق الأرض.

والقول الثاني: خروج البناء والشجر في البيع والرهن لأنه مما يمكن إفراده بالعقد فلم يدخل فيه إلا بالشرط كالأرض.

والمذهب الثالث: وهو الصحيح، حمل الجواب على ظاهره في الموضعين فيكون البناء والشجر يدخلان في عقد البيع بغير شرط ولا يدخلان في عقد الرهن إلا بشرط، والفرق بين البيع والرهن من وجهين:

أحدهما: أن البيع عقد ينقل الملك قد حل فيه توابع المبيع بغير شرط لقوته، وعقد الرهن وثيقة لا تنقل الملك، فلم يدخل فيه إلا ما سمي لضعفه.

والثاني: أن البيع لما تبعه ما حدث بعد العقد تبعه ما كان موجوداً حين العقد، والرهن لما لم يتبعه ما حدث بعد العقد لم يتبعه ما كان موجوداً حين العقد.

فصل: إذا قال رهنتك هذا البستان فإن الغراس والشجر يدخلان في الرهن لا يختلف المذهب فيه، وكذلك في البيع، لأن البستان اسم يشتمل على الأرض وما فيها، وكذا لو قال: رهنتك هذه الدار دخل في الرهن جميع بنائها، لأن اسم الدار لا ينطلق على الأرض إلا مع بنائها.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ رَهَنَ شَجَراً وَبَيْنَ الشَّجَرِ بياض فَالشَّجَرُ رَهْنٌ دُونَ الْبَيَاضِ وَلاَ يَدْخُلُ فِي الرَّهْنِ إِلاَّ مَا سُمِّيَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال

إذا رهن البناء والشجر لم يدخل في الرهن بياض الأرض، وكذا البيع لا يختلف فيه أصحابنا، لأن الشجر فرع تابع والأرض أصل متبوع، والفرع قد يتبع أصله، والأصل لا يتبع فرعه. فأما قرار البناء والشجر من الأرض فغير داخل في الرهن، لا يختلف أصحابنا فيه، وهل يدخل في البيع أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يدخل فيه كالرهن.

والثاني: يدخل فيه. والفرق بين البيع والرهن ما ذكرناه من قوة البيع وضعف الرهن.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا رَهَنَ ثَمْراً قَدْ خَرَجَ مِنْ نَخْلَةٍ قَبْلَ يَحِلُّ بَيْعُهُ وَمَعَهُ النَّخْلُ فَهُمَا رَهْنٌ لأنَّ الْحَقَّ لَوْ حَلَّ جَازَ أَنْ يُبَاعَ وَكَذَلِكَ إِذَا بَلَغَتْ هَذِهِ الثَّمْرَةُ قَبْلَ مَحَلِّ الْحَقِّ وَبِيعَتْ خُيِّرَ الرَّاهِنُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ ثَمَنُهَا مَرْهُوناً مَعَ النَّخْلِ أَوْ قِصَاصاً إِلاَّ أَنْ تَكُونَ هَذِهِ الثَّمَرَةُ تَيْبَسُ فَلاَ يَكُونَ لَهُ بَيْعُهَا إِلاَّ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا رهنه تمراً مع نخله صح الرهن منهما، سواء كانت الثمرة بادية الصلاح أو غير بادية الصلاح، مرة كانت أو غير مرة، وليس يحتاج صحة الرهن

إلى اشتراط قطعها في العقد؛ لأنها تبع للنخل يجوز بيعها من غير شرط، فإذا ثبت جواز الرهن فيهما لم يخل حال الحق من أحد أمرين: إما أن يكون معجلاً أو مؤجلاً، فإن كان الحق معجلاً استقرت صحة الرهن في النخل والثمرة، سواء كانت الثمرة تيبس وتبقى مدخرة أم لا؟ لأن تعجيل حقها مستحق وإن كان الحق مؤجلاً فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون محله قبل تناهي الثمرة وإدراكها فالراهن فيهما مستقر على ما مضى.

والضرب الثاني: أن يكون محله بعد تناهي الثمرة من إدراكها فلا يخلو حال الثمرة من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون مما ييبس ويدخر وذلك أزيد في ثمنها.

والثاني: أن تكون مما ييبس مدخراً.

والثالث: أن تكون مما يؤكل ولا ييبس مدخراً.

فصل: وإن كانت مما تيبس مدخرة ويكون أوفر من ثمنها كالرطب الذي يصير تمراً، أو العنب الذي يصير ذبيباً، فالواجب تجفيفها واستبقاؤها إلى حلول الحق، فإن دعا أحدهما إلى بيعها ودعا الآخر إلى استبقائها حكم بقول من دعا إلى استبقائها، لأن موجب الرهن يقتضيه، وإن اتفق على بيعها فعلى ثلاثة أقسام.

أحدها: أن يتفقا على بيعها بشرط أن يتعجل المرتهن ثمنها. فالبيع باطل لفساد الشرط وتأخير الحق.

والثاني: أن يتفقا على بيعها مطلقاً من غير شرط التعجيل فالبيع جائز، وقد بطل الرهن في الثمرة إذا بيعت، ولاحق للمرتهن في ثمنها.

والثالث: أن يتفقا على بيعها ليكون ثمنها رهناً مكانها، ففي صحة البيع قولان:

أحدهما: صحيح ويكون الثمر رهناً.

والثاني: باطل وقد ذكرنا توجيه القولين من قبل.

فصل: وإن كانت الثمرة مما تيبس مدخرة لكن ذلك موكس لثمنها وبيعها قبل اليبس والجفاف أوفر، فلا يخلو حال الراهن والمرتهن من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يتفقا على تركها.

والثاني: أن يتفقا على بيعها.

والثالث: أن يختلفا فيدعو أحدهما إلى بيعها ويدعو الآخر إلى تركها، فإن اتفقا على تركها إلى حلول الحق جاز، وكان النقص لجفافها داخلاً عليها باختيارهما، فإن اتفقا على بيعها، فإن بيعت بشرط أن يكون الثمن رهناً، أو بيعت مطلقاً حق البيع وكان الثمن رهناً؛ لأن هذا البيع لحفاظ الحق، وتوفير الثمن وليس كالذي تقدم، فإن بيعت بشرط تعجيل الثمن كان البيع فاسداً، وإن اختلفا فدعا أحدهما إلى بيعها ودعا الآخر إلى تركها ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول قول من دعا إلى تركها إلى محل الحق لأنه موجب الرهن.

والثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: القول قول من دعا إلى بيعها لما فيه من توفير الثمن وحفظ الزيادة، والوجه الأول أصح.

فصل: وإن كانت الثمرة مما تؤكل رطباً وتفكهاً ولا تيبس مدخرة فهذه الثمرة تفسد إن تركت إلى محل الحق، وقد اختلف قول الشافعي فيمن ارتهن طعاماً رطباً إلى أجل يفسد قبل محله على قولين.

فأما رهن هذه الثمرة: فقد اختلف أصحابنا فيه فكان بعضهم يخرجه على قولين كالطعام الرطب، لاستوائهما في الوصف. أحد القولين أن الرهن في الثمرة جائز وفي النخل معاً.

وفي القول الثاني: الرهن باطل في الثمر.

وهل يبطل في النخل أم لا؟ على قولين من تفريق الصفقة، وقال آخرون من أصحابنا: الرهن في الثمرة جائز قولاً واحداً بخلاف الطعام الرطب في أحد القولين، والفرق بينهما: أن الثمرة تبع للنخل فلم يغير حكمها مفردة كسائر التوابع وليس الطعام الرطب كذلك؛ لأن غير تبع، فإذا ثبت أن الرهن في التمر لا يبطل فهل يجبر الراهن على بيعها عند تناهيها وإدراكها أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا يجبر على بيعها كالطعام الرطب الذي لا يجبر على بيعه عند حدوث فساده.

والقول الثاني: وهو المنصوص عليه في هذا الموضع أنه يجبر على بيعها بخلاف الطعام الرطب.

والفرق بينهما: أن الثمرة هاهنا تبع لأصل باقي وهو النخل فالحق يحكم أصله، ووجب بيعه ليكون باقياً معاً، وليس كذلك الطعام الرطب؛ لأنه لا يتبع أصلاً باقياً فكان يحكم نفسه مفرداً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ رَهَنَهُ الثَّمرَ دُونَ النَّخْلِ طَلْعاً أَوْ مُؤَبَّرَة أَوْ قَبْلَ بُدُوِّ صَلاَحِهَا لَمْ يَجُزْ الرَّهْنُ إِلاَّ أَنْ يَتَشَارَطَا أَنَّ الْمُرْتَهِن إِذَا حَلَّ حَقُّهُ قَطَعَهَا وَبَاعَهَا فَيَجُوزُ الرَّهْنُ لأَنَّ الْمَعْرُوفَ مِنَ الثَّمْرِ أَنَّهُ يُتْرَكُ إِلَى أَنْ يَصْلحَ أَلاَ تَرَى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهَا لِمَعْرِفَةِ النَّاسِ أَنَّهَا تُتْرَكُ إِلَى بُدُوِّ صَلاَحِهَا».

قال الماوردي: وقد مضى الكلام في رهن النخل مع الثمرة آنفاً، ومضى الكلام في رهن النخل على الإطلاق في حكمه، وهذه المسألة في رهن الثمرة دون النخل وهي إذا رهنت على ضربين:

أحدهما: أن تكون بادية الصلاح.

والثاني: أن تكون غير بادية الصلاح.

فإن كانت بادية الصلاح فعلى ضربين:

أحدهما: أن ترهن في حق حال، فرهنها جائز، سواء كانت مما تيبس مدخرة أم لا.

والثاني: أن ترهن في مؤجل، فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون مما تيبس وتجف، فرهنها جائز من غير شرط القطع، وسواء كان حلول الحق قبل جفافها أو بعده.

والثاني: أن تكون مما لا تيبس ولا تجف، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون حلول الأجل قبل تناهيها وفسادها فرهنها جائز.

والثاني: أن يكون حلول الأجل بعد تناهيها وفسادها، ففي رهنها قولان، كالطعام الرطب سواء، بل هي طعام رطب.

أحدها: أن رهنها باطل.

والثاني: أن رهنها جائز.

فصل: وإن كانت الثمرة غير بادية الصلاح فعلى ضربين:

أحدهما: أن ترهن في دين حال.

والثاني: في مؤجل.

فإن رهنت في دين حال فهل من شرط صحة رهنها اشتراط قطعها، أم لا؟ على قولين:

أحدهما: إن اشتراط القطع شرط في صحة الرهن، فإن رهنت بغير شرط القطع كان رهناً باطلاً كالبيع، وهذا القول منصوص في كتاب التفليس، فعلى هذا لو صح رهنها باشتراط قطعها فقال المرتهن بعتها على رؤوس النخل قبل القطع، وقال الراهن لست أبيعها إلا بعد القطع، فالقول قول الراهن لأجل شرطه، ويؤخذ المرتهن بقطعه قبل بيعه.

والقول الثاني: نص عليه في هذا الموضع، وهو الصحيح: إن اشتراط القطع فيها ليس بشرط في صحة الرهن، فإن رهنها بشرط القطع صح الرهن، ووجب بالقطع، فإن رهنها بغير شرط القطع صح الرهن ولم يجب القطع، وإنما لم يكن القطع في صحة الرهن شرطاً، وإن كان في صحة البيع شرطاً، أن في البيع ثمناً منع النبي ﷺ من استحلاله في الثمرة قبل بدو صلاحها، فقال ﷺ «أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللَّهُ الثَّمْرَةَ فِيمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ» فكان القطع شرطاً في صحته، لأن لا يؤدي إلى استحلال الثمن من غير تسليم المبيع، ولأن حصوله في يد مشتريه، والرهن لا يقابل ثمناً، وإنما دخل في الحق وثيقة، فلم يكن القطع في صحته شرطاً.

فصل: وإذا رهنت الثمرة في دين مؤجل، فالأجل على ضربين:

أحدهما: أن يكون حلوله بعد بدو الصلاح، فحكمه حكم رهنها في الدين الحال، وهل يكون اشتراط القطع في صحة رهنها شرطاً أم لا؟ على قولين:

والضرب الثاني: أن يكون حلول الدين قبل بدو الصلاح قبل أن يكون حلول الدين بعد شهر وبدو الصلاح بعد ثلاثة أشهر، فعلى ثلاثة أقاويل:

أحدها: إن اشتراط القطع مع العقد شرط في صحة الرهن، فإن لم يشترط قطعها في الرهن فسد الرهن، سواء شرط قطعها عند حلول الدين أم لا، فعلى هذا يكون حكمها حكم الطعام الرطب، لأن قطعها واجب.

والقول الثاني: إن شرط قطعها مع حلول الدين شرط في صحة الرهن، وليس يلزم أن يشترط قطعها مع العقد قبل حلول الدين، فعلى هذا رهنها جائز، سواء كانت مما تيبس وتجف أم لا.

والقول الثالث: إن اشتراط قطعها ليس بواجب، لا حال العقد، ولا عند حلول الدين وإنما يلزم ذلك مع البيع، فلو قال الراهن: أقطعها عند حلول الدين وأبيعها، وقال المرتهن: بعها على رؤوس النخل بشرط القطع، فالقول قول المرتهن؛ لأن قطعها يضر ولا يوجبه شرط ولا عقد إذا جرت العادة بيعها على رؤوس النخل، فأما إن كانت العادة جارية ببيعها

مقطوعة، فالقول قول من دعا إلى قطعها، لأن العرف معه، فأما إذا رهنها بشرط التبقية كان رهنها باطلاً قولاً واحداً؛ لأن رهنها يمنع من تبقيتها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي كُلِّ ثَمرَةٍ وَزَرْعٍ قَبْلَ بُدُوِّ صَلاَحِهَا فَمَا لَمْ يَحِلَّ بَيْعُهُ فَلاَ يَجُوزُ رَهْنُهُ».

قال الماوردي: وقد مضى الكلام في رهن ثمار النخل قبل بدو الصلاح وبعده، وكذا الحكم في غير ثمار النخل كالحكم في ثمار النخل، فأما الزرع فكالثمرة أيضاً والاشتداد كبدو الصلاح، وعدم الاشتداد كعدم الصلاح، فإن كان هذا الزرع متصلاً غير مشتد، فإن رهنه في حق معجل فصل يلزم اشتراط القطع أم لا؟ على قولين.

وإن كان في حق مؤجل: فعلى ما ذكرنا من اختلاف الحالين، وإن كان مشتداً فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون بائناً في سنبله غير مستور بحائل كالشعير في سنبله جاز في المعجل والمؤجل، لأن الحبوب المرزوعة تيبس مدخرة في الغالب.

والضرب الثاني: أن يكون مستوراً في سنبله بحائل يمنع من مشاهدته كالتين، ففي جوازه قولان، كالبيع معجلاً كان الحق أو مؤجلاً؛ لأن ما لم يجز بيعه لم يجز رهنه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانَ مِنَ الثَّمرِ شَيْءٌ يَخْرُجُ فَرَهَنَهُ وَكَانَ يَخْرُجُ بَعْدَهُ غَيْرُهُ مِنْهُ فَلاَ يَتَمَيَّزُ الْخَارِجُ الأَوَّلُ الْمَرْهُونُ مِنَ الآخَرِ لَمْ يَجُزْ لأَنَّ الرَّهْنَ لَيْسَ بِمَعْرُوفٍ إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَا أَنْ يُقْطَعَ فِي مُدَّةٍ قَبْلَ أَنْ يَلْحَقَهُ الثَّانِي فَيَجُوزُ الرَّهْنُ فَإِنْ تُرِكَ حَتَّى يُخْرِجَ بَعْدَهُ ثَمَرَةً لاَ تَتَمَيَّزُ فَفِيهَا قَوْلاَنِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ يَفْسُدُ الرَّهْنُ كَمَا يَفْسُدُ الْبَيْعُ. وَالثَّانِي أَنَّهُ لاَ يَفْسُدُ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ فِي قَدْرِ الثَّمْرَةِ الْمُخْتَلَطَةِ مِنَ الْمَرْهُونَةِ كَمَا لَوْ رَهَنَهُ حِنْطَةً فَاخْتَلَطَتْ بِحِنْطَةٍ لِلرَّاهِنِ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي قَدْرِ الْمَرْهُونَةِ مِنَ الْمُخْتَلِطَةِ بِهَا مَعَ يَمِينِهِ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) قُلْتُ أَنَا هَذَا أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ وَقَدْ بَيَّنْتُهُ فِي هَذَا الْكِتَابِ فِي بَابِ ثَمَرِ الْحَائِطِ يُبَاعُ أَصْلُهُ (قُلْتُ أَنَا) وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ فِي الزِّيَادَةِ قَوْلَ الْمُرْتَهِنِ لأَنَّ الثَّمْرَةَ فِي يَدَيْهِ وَالرَّاهِنِ مُدَّعٍ قَدْرَ الزِّيَادَةِ عَلَيْهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الَّذِي هِيَ فِي يَدَيْهِ مَعَ يَمِينِهِ فِي قِيَاسِهِ عِنْدِي وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقِ».

قال الماوردي: إذا رهنه ثمرة تخرج بعدها ثمرة أخرى، فلا يخلو حال الثمرة الخارجة من أحد أمرين:

إما أن تكون متميزة عن المتقدمة، أو غير متميزة، فإن كانت متميزة عن المتقدمة كان

رهن الثمرة المتقدمة، جائز، سواء كان الحق معجلاً أو مؤجلاً، وإن كانت الحادثة غير متميزة عن المتقدمة، فلا يخلو حال الحق من أحد أمرين:

إما أن يكون معجلاً، أو مؤجلاً، فإن كان معجلاً جاز رهن الثمرة المتقدمة فيه، وإن كان مؤجلاً فلا يخلو حال الأجل من أحد أمرين: إما أن يكون حلوله قبل ثمرة أخرى، أو بعد حدوثها فإن كان حلوله قبل حدوث ثمرة أخرى فرهنها جائز، لأنها وقت البيع ممتازة عن غيرها، وإن كان حلوله بعد ثمرة أخرى فلا يخلو حال رهنها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يرهن بشرط التبقية إلى حلول الأجل، فرهنها باطل؛ لأنها وقت حلول الأجل غير ممتازة، وإفرادها بالبيع غير ممكن.

والقسم الثاني: أن يرهنها بشرط القطع أو اشتراط القطع مع الرهن أو بعد مدة لم تخرج فيها الثمرة الحادثة، فالحكم فيه سواء. ولا يخلو حال الثمرة بعد القطع من أحد أمرين:

إما أن تبقى إلى حلول الأجل أو لا تبقى، فإن كانت تبقى إلى حلول الأجل فرهنها جائز؛ لأنها بالقطع تمتاز عن غيرها، وإن كانت لا تبقى إلى وقت حلول الأجل فرهنها على قولين، كالطعام الرطب.

والقسم الثالث: أن يرهنها مطلقاً من غير شرط القطع ولا شرط الترك، فالمذهب أن رهنها باطل؛ لأن مطلق الرهن يوجب تركها إلى حلول الأجل، فهذا الرهن باطل، وفيها وجه آخر خرجه أبو علي بن أبي هريرة أن رهنها جائز، قال لأنهما يتطوعان ببيعها وقطعها.

فصل: فإذا ثبت جواز رهنها مشروط بما ذكرنا فرهنها جائز وإن لم تقطع حتى حدثت ثمرة أخرى، فإن كانت الحادثة متميزة عن الأولى، فرهن الأولى على حاله في الجواز لا يتغير بحدوث ما يميز عنها، وإن كانت الثمرة الحادثة غير متميزة فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون حادثة قبل القبض فيكون الرهن باطلاً للجهالة بقدر المرهون قبل تمام الرهن.

والضرب الثاني: أن يكون جائزاً بعد القبض، ففي بطلان الرهن قولان:

أحدهما: أنه باطل للجهالة به.

والقول الثاني: أنه جائز لسلامته إلى حين تمامه بالقبض، وبقاء ما تناوله عقد الرهن، والجواب في الرهن مما يخالف الجواب في البيع، لأن الاختلاط إذا حدث في البيع بعد القبض كان البيع جائزاً، وإن كان قبل القبض فعلى قولين في الرهن، وإن كان قبل القبض

كان الرهن باطلاً، فإن كان بعد القبض فعلى قولين، والفرق بينهما: أن القبض في الرهن شرط في تمامه، وفي البيع حق من أحكامه.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين انتقل الكلام إلى التفريع عليهما فإذا قلنا ببطلان الرهن ففي زمان بطلانه وجهان:

أحدهما: أن الرهن قد بطل حين اختلاطه ويجري مجرى تلف الرهن فيكون قاطعاً لتمامه واستدامته، ولا يكون رافعاً من أصله، فعلى هذا لا خيار للمرتهن في فسخ البيع، كما لا يستحق بتلف الرهن بعد القبض الخيار في فسخ البيع.

والوجه الثاني: أن الرهن باطل من وقت العقد، ويكون حدوث الاختلاط وإلا على الجهالة به حين العقد، فيصير رافعاً له من أصله، وقد أشار إليه أبو علي بن أبي هريرة، فعلى هذا إذا كان مشروطاً في بيع ففي بطلان البيع قولان:

أحدها: أنه باطل.

والثاني: جائز وللبائع الخيار بين إمضاء البيع بالرهن وبين فسخه، وإذا قلنا بجواز الرهن فلا يخلو حال الراهن من الثمرة الحادثة من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يرهنه إياها.

والثاني: أن لا يسامحه.

والثالث: أن لا يفعل أحدهما ولكن يريد أخذها.

فأما القسم الأول: وهو أن يرهنه إياها فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يعلما قدرها أو يتفقا على قدرها، فرهنها جائز سواء رهنها في الحق الأول أو في غيره، فإن كان في الحق الأول صار مدخلاً رهناً ثانياً على رهن أول في حق واحد، وذلك جائز، فيكون جميع الثمرة المتقدمة منها والحادثة رهناً في حق واحد، وإن رهنها في حق ثان صارت الثمرة رهنين في وقتين مختلفين، وكل واحد من الرهنين مبتاع في الرهن الآخر، فيكون بقدر الثمرة الأولى الذي قد علماه، أو اتفقا عليه من نصف أو ثلث رهناً في الحق الأول، والثمرة الحادثة التي قد علماها أو اتفقا عليها من ثلث أو ثلثين رهناً مساغاً في الحق الثاني.

والضرب الثاني: أن لا يعلما قدر الثمرة الحادثة ولا يتفقا عليها، وإن رهنها في غير الحق الأول كان رهناً باطلاً؛ لأنه رهن مجهول القدر، وإن رهنها في الحق الأول فعلى وجهين:

أحدهما: أنه رهن باطل للجهالة بقدره.

والثاني: أنه رهن جائز؛ لأن الرهن الثاني إذا دخل على رهن أول صارا جميعاً رهناً واحداً، والجميع معلوم، وإن جهل قدر الثاني فلا يمنع صحة الرهن للجميع جهالة قدر الثاني، وهذا حكم القسم الأول، **وأما القسم الثاني**: وهو أن يسامحه بها فيقول قد سامحتك بالثمرة الحادثة، فهذه المسامحة تترك المطالبة بها، وليست رهناً وله أن يرجع فيها متى شاء، ويطالبه بها، وما لم يطالبه بها فهي تابعة للرهن تباع معه إذا بيع، وتكون هذه المسامحة قطعاً للاختلاف والمنازعة.

وأما القسم الثالث: وهو أن لا يرهنها ولا يسامح بها ويطالب بأحدها فله ذلك؛ لأنها غير داخلة في الرهن، فإن اتفقا على قدرها وأنها ثلث الجملة أو ربعها سقط النزاع، وكان ذلك العقد من الجملة مشاعاً في الثمرة خارجاً من الرهن، وإن اختلفا في قدرها فقال الراهن: هي النصف، وقال المرتهن، هي الثلث فالقول قول الراهن مع يمينه، لأنه حلف في قدر الرهن، واختلافهما في قدر الرهن يوجب أن يكون القول قول الراهن. فإن قيل: فهلا كان اختلافهما في قدر المرهون بعد الاختلاط إذا لم يقدح ذلك في صحة الرهن يوجب فسخ الرهن، كما أن اختلاف المتبايعين في قدر المبيع بعد الاختلاط إذا لم يقدح في صحة البيع يوجب فسخ البيع، قيل: هما سواء إذا كان اختلافهما في المبيع فيما لا يتميز أوجب فسخ البيع كالبقول المبيعة بشرط الجز، فإذا تأخر جزها حتى زادت وطابت **فأحد القولين**: إن البيع باطل.

والقول الثاني: جائز.

فإن اتفقا على قدر الزائد منها صح البيع، وإن اختلفا فسخ البيع، وكذا لو كانت زيادة المرهون غير منفصلة كالعلف إذا طال والبقل إذا زاد، فأحد القولين إن الرهن باطل، والثاني جائز فإن اتفقا على قدر الزيادة فالرهن صحيح، وإن اختلفا في فسخ الرهن لم يرجع إلى قول الراهن؛ لأن ما لا ينفصل يستحيل العلم بحقيقة قدره، وهل الزيادة المنفصلة إذا اختلطت بالرهن إذا كانت في البيع، كان الحكم فيها كالحكم في الرهن فاستويا.

فصل: فأما المزني فإنه اعترض على الشافعي حيث قال إن القول قول الراهن، وقال يجب أن يكون القول قول المرتهن؛ لأن الثمرة في يده، كالمشتري إذا قبض ما ابتاعه واختلط بمال البائع. كان القول قول المشتري، لكونه في يده، وهذا الاعتراض من المزني غير صحيح، والمذهب الذي ذهب إليه فاسد.

والفرق بين المشتري والمرتهن: أن نزاعهما في البيع نزاع في الملك.

واليد تدل، فكأن القول قول صاحب اليد، ونزاعهما في الرهن نزاع في قدر المرهون، واليد لا تدل على الرهن، فلم يجب أن يحكم بقول صاحب اليد والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا رَهَنَهُ ثَمَرَةً فَعَلَى الرَّاهِنِ سَقْيُهَا وَصَلاَحُهَا وَجِدَادُهَا وَتَشْمِيسهَا كَمَا يَكُونُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ الْعَبْدِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح: كلما احتاجت الثمرة إليه من نفقة سقي أو مؤونة حفاظ فهي واجبة على الراهن دون المرتهن، لقوله ﷺ لا يغلق الرهن من راهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه؛ لأن نفقة الرهن لو كان دابة لوجبت على الراهن، فكذلك الثمرة، فأما الجداد والتشميس: فقد قال الشافعي هاهنا هو واجب على الراهن، وقال في موضع آخر: ليس بواجب على الراهن، وليس ذلك على قولين، وإنما هو على اختلاف حالين، فالموضع الذي قال: يجب عليه جدادها وتشميسها إذا بلغ وقت الجداد والتشميس فالحق لم يحل بعد، فعلى الراهن جدادها وتشميسها لما فيه من حفظها وصلاحها، فإن امتنع منه الراهن أجبر عليه، والموضع الذي قال ليس عليه جدادها وتشميسها هو إذا بلغ وقت الجداد والتشميس والحق قد حل، لأن حق المرتهن بعد حلوله في بيعها دون تبقيتها فلم يجب على الراهن جدادها وتشميسها.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ وَلاَ لِلْمُرْتَهِنِ قَطْعُهَا قَبْلَ أَوَانِهَا إِلاَّ بِأَنْ يَرْضِيَا بِهِ وَإِذَا بَلَغَتْ إِبَّانهَا فَأَيُّهُمَا أَرَادَ قَطْعَهَا جُبِرَ الآخَرُ عَلَى ذَلِكَ لأَنَّهُ مِنْ صَلاَحِهَا».

قال الماوردي: أما إن اتفقا على قطعها فذاك لهما، سواء كان ذلك قبل إدراكها أو بعده؛ لأنها حق لهما، وإن اتفقا على تركها فذلك لها، سواء كان ذلك بعد إدراكها أو قبله، وإن اختلفا فدعا أحدهما إلى قطعها ودعا الآخر إلى تركها والحق مؤجل لم يحل فلا يخلو حال الثمرة من أحد أمرين: ـ

إما أن تكون مدركة أو غير مدركة فالقول قول من دعا إلى تركها، سواء كان الراهن داعياً إلى تركها أو المرتهن، لأن الثمرة زيد في ثمنها، وفي نفسها إلى وقت إدراكها، والزيادة المنفصلة بالرهن حادثة على ملك الراهن، وداخلة في وثيقة المرتهن، فلم يجبر الراهن على قطعها؛ لما فيه من إبطال ملكه من زيادتها ولم يجبر المرتهن على قطعها، لما فيه من إبطال استساقة زيادتها، وإن كانت الثمرة مدركة فالقول قول من دعا إلى قطعها، سواء كان الراهن داعياً إلى قطعها أو المرتهن؛ لأن في تركها بعد الإدراك إضاعة لها وإتلاف وفي قطعها

حراسة لها وحفظ، فكان القول قول من دعا إلى حراستها وحفظها، دون من دعا إلى إضاعتها وإتلافها.

فلو دعا أحدهما إلى قطعها في أول إدراكها، ودعا الآخر إلى قطعها بعد تناهي إدراكها، فإن كانت مما يجتنى رطباً ولا يشمس، فالقول قول من دعا إلى قطعها من أول إدراكها؛ لأنه أحفظ لها، وإن كانت مما يجفف وتشمس، فالقول قول من دعا إلى قطعها بعد تناهي إدراكها، لأنه أكمل لزيادتها وأوفر لثمنها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَبَى المَوْضُوعَةَ عَلَى يَدَيْهِ أَنْ يَتَطَوَّعَ بِأَنْ يَضَعْهَا فِي مَنْزِلِهِ إِلاَّ بِكِرَاءٍ قِيلَ لِلرَّاهِنِ عَلَيْكَ لَهَا مَنْزِلٌ تَحَرَّزُ فِيهِ لأَنَّ ذَلِكَ مِنْ صَلاَحِهَا فَإِنْ جِئْتَ بِهِ وَإِلاَّ اكْتَرَى عَلَيْكَ مِنْهَا».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا كان الرهن موضوعاً على يد عدل ليشترط في عقد الرهن فأبى العدل أن يحرزه في منزله إلا بكراء، لم يجبر العدل على إحرازه في منزله بغير كراء، ولا الراهن على أن يدفع للعدل الكراء، وقيل: للراهن والمرتهن إن اتفقتما على نقله إلى يد عدل يتطوع بإحرازه في منزله بغير كراء، وإلا على الراهن كراء منزل يحرز فيه، لأن كراء المنزل من مؤونة الرهن الذي يجب على الراهن، ولقوله ﷺ: «له غنمه وعليه غرمه».

وإن امتنع الراهن من اكتراء منزل اكترى القاضي عليه من ماله فإن وجد له مالاً غير الرهن اكترى فيه ولم يبع من الرهن ما يكترى فيه، وإن لم يجد له مالاً غير الرهن باع من الرهن بقدر ما يكتري به منزلاً يحرزه فيه، ويكون مكري المنزل مقدماً بالكراء على المرتهن وعلى سائر الغرماء.

فصل: فإن اكترى المرتهن منزلاً من ماله لإحراز الرهن فيه، فلا يخلو حال الراهن من أحد أمرين:

إما أن يكون حاضراً أو غائباً، فإن كان الراهن حاضراً، لم يخل حال المرتهن في دفع الكراء من أحد أمرين:

إما أن يدفعه بإذن الراهن، أو بغير إذنه. فإن دفعه بغير إذنه كان متطوعاً به، وليس له الرجوع، وإن دفعه بإذنه فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون بشرط الرجوع بما يدفع فله أن يرجع به على الراهن.

والثاني: أن يكون بغير شرط الرجوع، فهل يرجع به على الراهن أم لا؟ على وجهين.

فلو شرط المرتهن الرجوع بما دفع من الكراء، على أن الراهن مرهون في يده بالحق المتقدم، والأجرة المستأخرة فيصير مدخلاً لحق ثان على حق أول في رهن واحد، إلا أن فيه صلاحاً فجرى مجرى جناية العبد إذا فداه المرتهن منها على أن يكون رهناً بها وبحقه الأول، فمن أصحابنا من قال: يكون جواز ذلك على قولين، ومنهم من قال قولاً واحداً. فأما إن كان الراهن غائباً، فإن دفع المرتهن الكراء بإذن الحاكم فله الرجوع به، وإن كان بغير إذنه: فإن كان الحاكم موجوداً والمرتهن على استئذانه قادراً فلا رجوع للمرتهن بالكراء، وإن كان الحاكم غير موجود فهل للمرتهن الرجوع بالكراء أم لا؟ على وجهين والله تعالى أعلم.

بَابُ مَا يُفْسِدُ الرَّهْنَ مِنَ الشَّرْطِ وَمَا لَا يُفْسِدُهُ وَغَيْرُ ذَلِكَ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْـهُ: «إِنِ اشْتَرَطَ المُـرْتَهِنُ مِنْ مَنَافِـعِ الرَّهْنِ شَيْئـاً فَالشَّـرْطُ بَاطِلٌ».

قال الماوردي: عقـد هذا البـاب ومقدمتـه وما تبنى عليـه مسائله أن الشـرط في الرهن على أربعة أضرب:

أحدها: ما كان من موجباته.

والثاني: ما كان من جائزاته.

والثالث: ما كان من ممنوعاته الناقصة.

والرابع: ما كان من ممنوعاته الزائدة.

فأما الضـرب الأول منها وهـو ما كـان من موجبـاته، فمثـل اشتراط سقـوط ضمانـه عن مرتهنه، وتمليك منافعه لراهنه، وبيعه عند حلول أجله، وقضاء الحق من ثمنه عند تعذر قبضه وهذه وما بينا كلها من موجبات الرهن لو لم يشترطها لوجبت وإذا اشترطها تأكدت.

وأما الضرب الثاني منها وهو ما كان من جائـزاته، فمثـل اشتراط وضعـه على يد عـدل يرضيان به، والتوكيل في بيعه نيابة لـراهنه ومـرتهنه، فـإن شرط هـذا مع العقـد أو بعده صـح العقد وجاز الشرط، وإن أخلا بتعيينه وبالشرط صح العقد وسقط الشرط، فـأما حلول الـرهن وتأجيله فليس من جائـزات الرهن، وإنمـا هو من مـوجبات الـدين، لا عقد الـرهن فيجب أن يكون بحسب الدين من حلوله وتأجيله، فـإن كان الـدين حـالاً وجب أن يكـون عقد الـرهن حالاً، فإن عقد مؤجلاً بطل؛ لأن الرهن مما أمكن استيفاء الدين منه عند استحقاقه، وإن كان الدين مؤجلاً وجب أن يكون عقد الرهن مؤجلاً، فـإن عقده حـالاً بطل؛ لأن الـرهن ما أمكن استدامة التـوثق إلى حلول الدين؛ فلذلـك وجب أن يكون حلول الـرهن وتأجيله على حسب الدين وتأجيله. والضرب الثالث منها وهو ما كان من ممنوعاته الناقصة قبل اشتراط تأخيـر بيعه شهـراً بعد حلول أجله أو يمتنـع من بيعه عنـد حلوله إلا بـاختيار راهنـه، أو يبـاع بيمين عنـد

استحقاق بيعه، فإذا بيع لم يستوف جميع الحق من ثمنه فهذه وما شاء كلها شروط يمنع الرهن منها، وهي شروط ناقصة فكانت باطلة، لمنافاتها مقتضى العقد، وكان الرهن باطلاً، لأنها تمنع من موجب الرهن، وإذا بطل الرهن بها، فإن كان الرهن مشروطاً في بيع فهل يبطل أم لا؟ على قولين:

أحدهما: يبطل البيع ببطلانه، لأن الرهن من مقابلة جزء من الثمن، بدليل أن الثمن في العرف يزيد بعدمه، وينقص باشتراطه كالخيار، والأجل، وإذا بطل الرهن بطل من الثمن ما قابله وذلك مجهول، ويؤدي إلى جهالة باقي الثمن، والثمن المجهول يبطل صحة البيع.

والقول الثاني إن البيع جائز، والمرتهن بالخيار بين إمضاء البيع وفسخه، وإنما كان البيع جائزاً وإن بطل الرهن؛ لأن الرهن عقد يصح إفراده عن البيع، فإذا اقترن به وجب أن يختص بحكمه فلا يكون فساده موجباً لفساد البيع المقترن به، كالصداق الذي لما صح أن يكون مفرداً عن النكاح لم يكن بطلانه مبطلاً للنكاح، وبهذا فارق الخيار والأجل الذين لما لم يمكن إفرادهما عن العقد كان بطلانهما مبطلاً للعقد، وقال أبو إسحاق لا يجوز أن يقال إن الرهن في مقابلة جزء من الثمن لجواز اشتراطه في القرض الذي لا يجوز الزيادة عليه بشرط.

فصل: وأما الضرب الرابع منها: وهو ما كان من ممنوعاته الزائدة فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن تكون زيادة صفة في الحكم.

والثاني: زيادة وثيقة كالرهن.

والثالث: زيادة تمليك من الرهن.

فأما زيادة الصفة في الحكم: فمثل أن يشترط المرتهن في العقد ببيع الرهن متى شاء، أو يشترط بيعه بأي ثمن شاء فهذا وما شاء كله شروط زائدة على مقتضى الرهن فكانت باطلة لمنافاتها مقتضى العقد، وهل يبطل العقد ببطلانها أم لا؟ على قولين:

أحدهما: قد بطل لشرط ما ينافيه، وإن كانت شروطاً زائدة، كما يبطل باشتراط ما ينافيه من الشروط الناقصة، والفرق بينهما: أن الشروط الناقصة تمنع بعض موجبات الرهن فكانت مبطلة، والشروط الزائدة قد استوفى معها موجبات الرهن فلم تبطله، وأما زيادة الوثيقة في الرهن فمثل أن يرهنه نخلاً على أن ما أثمرت كان رهناً معها، أو ماشية على أن ما أنتجت كان رهناً معها، أو داراً على أن ما استغل من أجرتها كان رهناً معها، فهذا وما يشاء كله من الشروط الزائدة في وثيقة الرهن، وفيها قولان:

أحدهما: قاله في القديم: إنها لازمة وعقد الرهن باشتراطها صحيح وتدخل في الرهن تبعاً للرهن.

والقول الثاني: إنها باطلة وهو الصحيح لأمرين:

أحدهما: غرمه وقت عقده.

والثاني: جهالة قدره.

فعلى هذا في بطلان الرهن ببطلان هذا الشرط قولان:

أحدهما: أن الرهن باطل ببطلان هذا الشرط، فعلى هذا في بطلان البيع قولان.

والثاني: أن الرهن جائز وإن بطل هذا الشرط، فعلى هذا البيع أجوز، والبائع فيه مخير بين إمضائه وفسخه لبطلان الشرط في إرهان الحادث.

وأما زيادة التمليك في الرهن: فمثل أن يرهن نخلاً على أن للمرتهن ثمرتها، أو ماشية على أن له نتاجها، أو داراً على أن له سكناها، أو دابة على أن له ركوبها، فهذا وما شاء كلها من الشروط الزائدة في تملكه من الرهن، إذا كانت مشترطة في رهن لم يخل ذلك الرهن من أحد أمرين:

إما أن يكون مأخوذاً من دين أو مشروطاً في بيع، فإن كان الرهن مأخوذاً في بيع كانت هذه الشروط كلها باطلة، لأنها تمليك أعيان ومنافع بعقد لا يوجبها من غير عوض يقابلها، وإذا بطلت الشروط ففي بطلان الرهن قولان؛ لأنها شروط زائدة، وإن كان الرهن مشروطاً في بيع لم تخل هذه الشروط من أحد أمرين:

إما أن تكون مشروطة في الرهن أو في البيع، فإن كانت مشروطة في الرهن كانت الشروط باطلة، وفي بطلان الرهن قولان:

أحدهما: باطل. فعلى هذا في بطلان البيع قولان

والثاني: جائز فعلى هذا البيع أجوز، والبائع في البيع مخير بين إمضائه وفسخه، وإن كانت هذه الشروط مشروطة في البيع لم يخل حال الشرط من أحد أمرين:

إما أن تكون أعياناً أو منافع، فإن كانت أعياناً كالثمار والنتاج كان الشرط باطلاً والبيع باطلاً، لأنها تصير من جملة الثمن وهي أعيان مجهولة لم تخلق فلم يصح أن تكون من جملة الثمن فبطلت وبطل البيع ببطلانها، ولا رهن، فإن كانت منافع كسكنى الدار، وركوب الدابة، كان كاشتراطه في عقد البيع الذي قد ارتهن فيه داراً على أن يسكنها سنة، أو ارتهن

فيه دابة على أن يركبها سنة، فهذا عقد قد جمع بيعاً وإجارة بعوض واحد لا يعرف منه حصة البيع من حصة الإجارة، وللشافعي في ذلك قولان:

أحدهما: أن البيع والإجارة جائزان، فعلى هذا يكون الشرط لازماً، والبيع صحيحاً، والرهن جائزاً.

والقول الثاني: أن البيع والإجارة باطلان، لأن البيع والإجارة مختلفا الحكم، فلم يصح أن يجتمعا في المنفعة، فعلى هذا يكون الشرط باطلاً، والبيع فاسد، والرهن محلولاً، فهذا عقد هذا الباب ومقدمته وما يبنى عليه مسائله.

فصل: فإذا تقررت هذه المقدمة فالباب كله يشتمل على تسع مسائل مسطورة. فأول مسائله.

قال الشافعي: ولو اشترط المرتهن من منافع الرهن شيئاً فالشرط باطل، وصورتها في رهن مستقر من ثمن مبيع، أو أرش جناية، أو صداقه زوجة، أخذ به رهناً وشرط المرتهن منافعه لنفسه، وهذا الشرط باطل بكل حال، وفي بطلان الرهن قولان؛ لأنها شروط زائدة، سواء كان الشرط أعياناً أو منافع، فإن قيل إن الرهن قد بطل كان الدين مستقراً بلا رهن ولا خيار له.

وإن قيل: إن الرهن لم يبطل كان وثيقة في الدين ولا خيار له.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَتْ لَهُ أَلْفٌ فَقَالَ زِدْنِي أَلْفاً عَلَى أَنْ أَرْهَنَكَ بِهِمَا مَعاً رَهْناً يَعْرِفَانِهِ كَانَ الرَّهْنُ مَفْسُوخاً».

قال الماوردي: وصورتها في رجل عليه لرجل ألف، فقال لمن له الألف أقرضني ألفاً على أن أعطيك بها وبالألف الأولى عبدي الفلاني رهناً، فهذا قرض باطل، ورهن باطل، وإنما يبطل القرض؛ لأنه شرط فيه رهناً في الأولى فصار قرضاً جر منفعة، وقد روي عن النبي ﷺ «كُلُّ قَرْضٍ جَرَّ مَنْفَعَةً فَهُوَ رِباً» ويبطل الرهن في الألف الأولى وفي القرض، وإنما بطل في الرهن؛ لبطلان القرض، وبطل في الأولى؛ لأن الرهن فيهما كان بشرط القرض، وقال ابن أبي هريرة هذا فاسد من جهة الشرط في الرهن، وهو شرط زائد فيكون الشرط في نفسه باطلاً، وهل يبطل الرهن أم لا؟ على قولين. والصحيح على ما ذكرنا من التعليل وهو قول سائر أصحابنا.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ لَهُ بَعْنِي عَبْداً بِأَلْفٍ عَلَى أَنْ أُعْطِيكَ بِهَا وَبِالأَلْفِ الَّتِي لَكَ عَلَيَّ بِلاَ رَهْنٍ دَارِي رَهْناً فَفَعَلَ كَانَ الْبَيْعُ وَالرَّهْنُ مَفْسُوخاً».

قال الماوردي: وصورتها في رجل عليه لرجل ألف، فقال لمن له الألف بعني عبدك بألف على أن أعطيك بها وبالألف التي لك عليّ بلا رهن داري هذه رهناً، فهذا بيع باطل، ورهن باطل، أما بطلان البيع، فلأنه شرط فيه رهناً فيما لا يستحق رهناً فبطل، فكان ذلك مضموناً إلى الثمن فأدى إلى جهالة في باب الثمن، وأما بطلان الرهن فيبطل في البيع، لبطلان البيع وبطل في الألف الأولى؛ لأن الرهن فيها كان بشرط البيع، وقال ابن أبي هريرة: هذا فساد من جهة الشرط في الرهن وهو شرط زائد فكان شرطاً باطلاً، وفي بطلان الرهن قولان:

أحدهما: إنه باطل، فعلى هذا في بطلان البيع قولان.

والثاني: جائز، فعلى هذا البيع جائز والصحيح ما ذكر؛ لأن التعليل يقتضيه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَسْلَفَهُ أَلْفاً عَلَى أَنْ يَرْهَنَهُ بِهَا رَهْناً وَشَرَطَ المُرْتَهِنُ لِنَفْسِهِ مَنْفَعَةَ الرَّهْنِ فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ لأَنَّ ذَلِكَ زِيَادَةٌ فِي السَّلَفِ».

قال الماوردي: صورتها في رجل اقترض من رجل ألفاً على أن يعطيه بها رهناً معيناً على أن له منافع الرهن، وهذا على ضربين:

أحدهما: أن يشترط منافع الرهن ملكاً لنفسه، فهذا قرض باطل لأنه يجر منفعة، ورهن باطل؛ لأنه مشروط في قرض قد بطل.

والضرب الثاني: أن يشترط في منافع الرهن أن يكون رهناً وهي أعيان، فالقرض لا يبطل، لأن فساد الرهن في القرض لا يوجب فساد القرض، وفي صحة الشرط قولان:

أحدهما: أن هذا الشرط صحيح، وتكون المنافع رهناً.

والثاني: أن الشرط باطل، ولا تكون المنافع الحادثة رهناً، فعلى هذا في بطلان الرهن قولان.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ اشْتَرَى مِنْهُ عَلَى هَذَا الشَّرْطِ فَالْبَيْعُ بِالْخِيَارِ فِي فَسْخِ الْبَيْعِ أَوْ إِثْبَاتِهِ وَالرَّهْنُ وَيَبْطُلُ الشَّرْطُ (قَالَ المزَنِيُّ) قُلْتُ أَنَا أَصْلُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ كُلُّ بَيْعٍ فَاسِدٍ بِشَرْطٍ وَغَيْرِهِ أَنَّهُ لاَ يَجُوزُ وَإِنْ أُجِيزَ حَتَّى يُبْتَدَأَ بِمَا يَجُوزُ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل ابتاع من رجل بيعاً وشرط أن يعطيه بثمنه رهناً معيناً على أن منافع الرهن للمرتهن، وهذا على ضربين:

أحدهما: وهو مسألة الكتاب: أن يكون الشرط باطلاً، وهـل يبطل الـرهن أم لا؟ على قولين:

أحدهما: إنه باطل، فعلى هذا من بطلان البيع قولان:

أحدهما باطل، والثاني جائز، وللبائـع المرتهن الخيـار بين إمضاء البيـع بلا رهن وبين فسخه. وإنما كان له فسخه وإن صح الرهن على هذا القـول، لأنه شـرط منافعـه لنفسه فلمـا فاته الشرط ثبت له الخيار، وقد كان بعض أصحابنا يرتبها غير هذا الترتيب، وخرج المسـألة على ثلاثة أقاويل:

أحدها: بطلان الشرط في الرهن والبيع.

والثاني: بطلان الشرط والرهن وجواز البيع.

والثالث: بطلان الشرط وجواز الرهن والبيع.

والضرب الثاني: أن يكون الشرط في البيع، فلا يخلوا حال المنافع من أحد أمرين:

إما أن تكون أعياناً كالنتاج والثمار، أو آثاراً كالسكنى والركوب، فإن كـانت أعيانـاً كان البيع باطلاً؛ لأن الأعيان المعدومة صارت ثمناً في البيع، وإذا بطل البيع فلا رهن أصلاً.

وإن كانت آثاراً كالسكنى والركوب، فإن كانت غير مقدرة بزمـان وإنما شـرطت ما بقي الرهن، فالبيع باطل؛ لأن الرهن قد يعجل قضـاء الحق أو يؤخره، فَتُجْهَـلُ المنافـع التي هي مضافة إلى الثمن، وكان البيع بـاطلاً والـرهن مجهولاً، وإن كـانت مقدرة بـزمان كـأنه شـرط سكنى الدار المرهونة سنة، أو شرط ركوب الدابة المرهـونة شهـراً، فهذا عقـد قد جمـع بيعاً وإجارة فكان على قولين:

أحدهما: إنهما باطلان ولا رهن.

والثـاني: إنهمـا جـائزان والـرهن صحيح ولا خيـار للبائـع المـرتهن لحصـول غـرضـه واستيفائه.

فصل: قد ذكرنا في أصل الشافعي أن كل بيع فاسد بشرط وغيره أنه لا يجوز وإن أجبـر حتى يعقـدا بما يجـوز، وهـذا اعتـراض من المـزني على الضـرب الأول الـذي هـو مسـألـة الكتاب. ظن فيه أن البيع إذا بطل بفساد الشرط أن الشافعي جعل للمرتهن البائـع فيه الخيـار بين إمضاء البيع بلا رهن وبين فسخه، فقال: كيف يجعل الخيـار في بيع فـاسد، وهـذا غلط

من المزني وهم فيه على الشافعي، لأن البيع إذا بطل لم يكن للبائع إمضاؤه، وإنما جعل الشافعي للبائع الخيار في إمضاء البيع بلا رهن إذا قيل ببطلان الرهن وجواز البيع.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ اشْتَرَطَ عَلَى الْمُرْتَهِنِ أَنْ لَا يُبَاعَ الرَّهْنُ عِنْدَ مَحَلِّ الْحَقِّ إِلَّا بِمَا يُرْضِي الرَّاهِنَ أَوْ حَتَّى يَبْلُغَ كَذَا أَوْ بَعْدَ مَحَلِّ الْحَقِّ بِشَهْرٍ أَوْ نَحْوَ ذٰلِكَ كَانَ الرَّهْنُ فَاسِداً حَتَّى لَا يَكُونَ دُونَ بَيْعِهِ حَائِلٌ عِنْدَ مَحَلِّ الْحَقِّ».

قال الماوردي: وقد ذكرنا أن الشروط التي يمنع منها الرهن ضربين:

أحدها: شروط ناقصة.

والثاني: شروط زائدة.

فأما الشروط الناقصة: فهي ما شرطها الراهن لنفسه على المرتهن، وأما الشروط الزائدة فهي ما شرطها المرتهن لنفسه على الراهن، فإذا كان الشرط ناقصاً كاشتراط الراهن لنفسه أن لا يباع إلا بما يرضى، أو لا يباع إلا بما سمى، أو لا يباع إلا بعد محل الحق بشهر، أو لا يباع منه إلا البعض فهذا شرط باطل لمنافاته الرهن، لأن الرهن يوجب بيعه عند تعذر الحق، رضي الراهن أو لم يرض، ويثمن مثله، وإن لم يسم عند محل الحق، ويباع منه بقدر الحق، وإن كان الأجل والشرط إذناً في العقد لوجب بطلان الشرط والعقد، وإذا صح بما ذكرنا بأن الشرط والعقد باطلان ففي بطلان البيع قولان:

أحدهما: باطل.

والثاني: جائز.

وللبائع الخيار في عقد البيع بين الإمضاء والفسخ، وإن كان الشرط زائداً فقد تقدم مثاله، فإذا بطل الشرط كان في بطلان الرهن قولان:

أحدهما: باطل كالشرط في الناقص.

والثاني: الرهن جائز، والفرق بين الشرط الناقص والشرط الزائد من وجهين:

أحدهما: أن الناقص قد أسقط بعض موجبات الرهن فأبطله، والزائد قد استوفى معه موجبات الرهن فلم يبطله.

والثاني: أن الشرط الناقص مقترن بالعقد في الحال، والزائد منتظر في ثاني الحال، فصار الرهن بالشرط الناقص مقترناً ومن الشرط خالياً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ رَهَنَهُ نَخْلاً عَلَى أَنَّ مَا أَثْمَرَتْ أَوْ مَاشِيَةً عَلَى أَنَّ مَا نَتَجَتْ فَهُوَ دَاخِلٌ فِي الرَّهْنِ كَانَ الرَّهْنُ مِنَ النَّخْلِ وَالمَاشِيَةِ رَهْناً وَلَمْ يَدْخُلْ مَعَهُ ثَمَرُ الْحَائِطِ وَلَا نِتَاجُ الْمَاشِيَةِ إِذَا كَانَ الرَّهْنُ بِحَقٍّ وَاجِبٍ قَبْلَ الرَّهْنِ وَهَذَا كَرَجُلٍ رَهَنَ مِنْ رَجُلٍ دَاراً عَلَى أَنْ يَرْهَنَهُ أُخْرَى غَيْرَ أَنَّ الْبَيْعَ إِنْ وَقَعَ عَلَى هَذَا الشَّرْطِ فَسَخَ الرَّهْنُ وَكَانَ الْبَائِعُ بِالْخِيَارِ لأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ لَهُ الشَّرْطُ (قَالَ الْمزَنِي) قُلْتُ أَنَا وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ هَذَا جَائِزٌ فِي قَوْلِ مَنْ أَجَازَ أَنْ يَرْهَنَهُ عَبْدَيْنِ فَيُصِيبَ أَحَدُهُمَا حُرًّا فَيُجِيزَ الْجَائِزُ وَيُرِدَّ الْمَرْدُودَ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) وَفِيهَا قَوْلٌ آخَرُ يَفْسَدُ كَمَا يَفْسَدُ الْبَيْعُ إِذَا جَمَعَتِ الصَّفْقَةُ جَائِزاً وَغَيْرَ جَائِزٍ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) قُلْتُ أَنَا مَا قَطَعَ بِهِ وَأَثْبَتَهُ أَوْلَى وَجَوَابَاتُهُ فِي هَذَا المَعْنَى بِالَّذِي قَطَعَ بِهِ شَبِيهٌ وَقَدْ قَالَ لَوْ تَبَايَعَا عَلَى أَنْ يَرْهَنَهُ هَذَا العَصِيرَ فَرَهَنَهُ إِيَّاهُ فَإِذَا هُوَ مِنْ سَاعَتِهِ خَمْرٌ فَلَهُ الخِيَارُ فِي الْبَيْعِ لأَنَّهُ لَمْ يُتِمَّ له الرَّهْنَ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل ابتاع بيعاً وشرط فيه رهناً على أن منافع الرهن داخلة في الرهن، فلا يخلو حال المنافع من أحد أمرين:

إما أن تكون أعياناً أو آثاراً، فإن كانت المنافع آثاراً كدارٍ ارتهنها وشرط معها ارتهان سكناها، أو دابة ارتهنها وشرط معها ارتهان ركوبها، فهذا شرط باطل، لأن ارتهان سكنى الدار وركوب الدابة لا يصح؛ لأن الرهن ما أمكن استيفاء الحق منه عند محله، والركوب والسكنى يتلف بمضيه، وإذا كان الشرط باطلاً ففي بطلان الرهن قولان، وإذا بطل الرهن ففي بطلان البيع قولان، وإن كانت المنافع أعياناً كنخل ارتهنها وشرط معها ارتهان ما يحدث من ثمرتها، أو ماشية ارتهنها وشرط معها ارتهان ما يحدث من نتاجها فإنه منصوص عليه في الجديد أن الشرط في ارتهان ما يحدث من الثمرة والنتاج باطل.

وقال في كتاب الرهن القديم وفي الرهن الصغير من الجديد: ولو قال قائل إذا تشارطا عند الرهن أن يكون ما يحدث من النتاج والثمرة رهناً يشبه أن يجوز عندي، وإنما أجزته على ما لم يكن أنه ليس بتمليك، ثم احتج بما رواه مُطَرِّف بن مازن «أن معاذ بن جبل قضى باليمن ورسول الله ﷺ حي»[1] أن من ارتهن نخلاً فثمرتها محسوبة على المرتهن، واختلف أصحابنا فكان أبو إسحاق في شرحه وأبو حامد في جامعه يخرجان المسألة على قولين:

أحدهما: أن الشرط في ارتهان ما يحدث من الثمرة والنتاج جائز، لأنه وإن كان معدوماً مجهولاً فهو تبع لموجود معلوم.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى ٦/ ٣٩.

والقول الثاني: إن الشرط في ارتهان ما يحدث من الثمرة والنتاج باطل، لأنه لما امتنع دخوله في الرهن بغير شرط صار رهناً مقصوداً فامتنع أن يكون تبعاً فجرى عليه حكم الرهن إن كان مفرداً، فكان أبو علي بن أبي هريرة يمتنع من تخريج الشرط على قولين، ويقول هو باطل قولاً واحداً.

وما قاله في القديم ليس بنص صريح، ويحتمل أن يكون حكاية عن غيره وهو العباس على قوله، فإذا قيل بصحة الشرط كان الرهن صحيحاً، والبيع لازماً، ولا خيار للمرتهن البائع.

وإذا قيل ببطلان الشرط ففي بطلان الرهن قولان:

أحدهما: باطل، فعلى هذا في البيع قولان.

والثاني: جائز فعلى هذا البيع جائز، والبائع بالخيار وله ما شرطه من ارتهان ما يحدث من ثمرة أو نتاج.

ومن أصحابنا من يرتب المسألة غير هذا الترتيب فيخرج فيها على مذهب أبي إسحاق أربعة أقاويل، وعلى مذهب أبي علي ثلاثة أقاويل:

أحدها: أن الشرط والرهن في البيع جائز كله.

والثاني: أن الشرط والرهن في البيع باطل كله.

والثالث: أن الشرط باطل والرهن والبيع جائز وللمرتهن الخيار وكان القاضي أبو القاسم الميموني ـ رحمه الله ـ يرتب المسألة ترتيباً ثالثاً ويقول في البيع قولان:

أحدهما: باطل فعلى هذا الرهن والشرط أبطل.

والثاني: إن البيع جائز فعلى هذا في الرهن قولان:

أحدهما: باطل، فعلى هذا الشرط أبطل.

والثاني: جائز، فعلى هذا في الشرط قولان:

أحدهما: باطل وله الخيار.

والثاني: جاز وليس له خيار.

فصل: فأما المزني فإنه اختار أن يكون الرهن صحيحاً، وإن بطل الشرط والبيع جازا وإن بطل الرهن.

واستدل بصحة الرهن مع بطلان الشرط بمثله، وبصحة البيع مع بطلان الرهن بمثله.

فأما المسألة التي استدل بها في صحة الرهن مع بطلان الشرط فهي أن قال: لو ارتهن عبدين فوجد أحدهما حراً فإن الرهن باطل في الحر جائز في المملوك، وهذه المسألة ومسألة الكتاب سواء في الصورة والحكم ولا فرق بينهما في الجواب، لأن الرهن باطل في الحر وفي المملوك على قولين، كما أن الرهن إذا بطل في الثمرة والنتاج كان الرهن على قولين فلم يكن للمزني فيما استشهد به دليل، وأما المسألة التي استدل بها في صحة البيع مع بطلان الرهن فهي إن قال: لو ارتهن منه عصيراً حلواً فصار من ساعته قبل القبض خمراً إذ الرهن في العصير باطل، والبيع جائز، وهذه المسألة في العصير تخالف مسألتنا في الصورة والحكم، لأن الرهن في العصير عقد صحيح، وإنما طرأ الفساد بعد صحته بما حدث فيه من الشدة التي صار بها خمراً، فجرى مجرى تلف الرهن وموت العبد بعد العقد وقبل القبض فبطل الرهن لتلفه قبل القبض، ولم يبطل لصحة الرهن حين العقد فكان للمرتهن الخيار في البيع لفوات ما شرطه من الرهن.

ومسألة الكتاب إنْ كان عقد الرهن فيها فاسداً فكان فاسد الرهن قادحاً فيما قُرِنَ من البيع فلما اختلفا في الشرط وجب أن يختلفا في الحكم فلم يكن فيما استشهد به فيها دليل والله تعالى أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ حَقًّا فَقَالَ قَدْ رَهَنْتُكَهُ بِمَا فِيهِ وَقَبَضَهُ الْمُرْتَهَنُ وَرَضِيَ كَانَ الْحَقُّ رَهْناً وَمَا فِيهِ خَارِجاً مِنَ الرَّهْنِ إِنْ كَانَ فِيهِ شَيْءٌ لِجَهْلِ الْمُرْتَهِنِ بِمَا فِيهِ وَأَمَّا الْخَرِيطَةِ فَلَا يَجُوز الرَّهْنُ فِيهَا إِلَّا بِأَنْ يَقُولَ دُونَ مَا فِيهَا وَيَجُوزُ فِي الْحَقِّ لأَنَّ الظَّاهِر مِنَ الْحَقِّ أَنَّ لَهُ قِيمَةَ وَالظَّاهِرِ مِنَ الْخَرِيطَةِ أَنْ لَا قِيمَةَ لَهَا وَإِنَّمَا يُرَادُ مَا فِيهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح: إذا رهنه حقاً أو خريطة وفي جوف ذلك شيءٌ من ثياب أو عرض فهذا على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يرهنه ما في الحق أو الخريطة دون الحق [أو الخريطة][1] فهذا ينظر فيه

فإن كان يعلمان ما في الحق أو الخريطة صح الرهن. وإن كانا يجهلان أو أحدهما ما في الحق أو الخريطة بطل الرهن. وإن كان مشروطاً في بيع ففي بطلان الرهن[2] قولان:

والضرب الثاني: أن يرهنه الحق أو الخريطة دون ما فيها، فالرهن في الحق جائز، لأن

(١) سقط في ب.

(٢) في ب البيع.

غالب الحقاق أن لها قيمة فجاز رهنها، والرهن في الخريطة باطل؛ لأن غالب الخريطة لا قيمة لها فلم يجز رهنها، فإن كان الحق مما لا قيمة لمثله لم يجز رهنها كالخريطة، ولو كانت الخريطة مما لها قيمة جاز رهنها كالحق.

والضرب الثالث: أن يرهنه الحق والخريطة مع ما في ذلك من شيء، فإن كانا يعلمان ما فيها صح الرهن في الحق والخريطة مع ما فيها، وسواء كانت الخريطة مما لها قيمة أو لا؛ لأنها صارت تبعاً لما له قيمة، وإن كانا يجهلان أو أحدهما ما في الحق أو الخريطة كان رهن ما فيها باطل للجهل به، وهل يبطل الرهن في الحق أو الخريطة على قولين من تفريق الصفقة.

أحدهما: يبطل على القول الذي يمنع فيه من تفريق الصفقة فعلى هذا في بطلان البيع قولان.

والثاني: لا يبطل على القول الذي يجوز فيه تفريق الصفقة فعلى هذا يصح الرهن في الحق إن كان له قيمة، ويبطل في الخريطة إن لم يكن لها قيمة، والبيع لا يبطل، والبائع مخير فيه بين الإمضاء والفسخ.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ شُرِطَ عَلَى الْمُرْتَهِنِ أَنَّهُ ضَامِنٌ لِلرَّهْنِ وَدَفَعَهُ فَالرَّهْنُ فَاسِدٌ وَغَيْرُ مَضْمُونٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. لأن من مذهبنا أن الرهن غير مضمون على المرتهن. فإذا شرط للراهن على المرتهن ضمان الرهن كان شرطاً باطلاً، لقوله ﷺ «كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَلَوْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ شَرْطُ اللَّهِ أَحَقُّ وَعَقْدُهُ أَوْثَقُ»، ولأن للعقود أصولاً مقدرة وأحكامها معتبرة لا تغيرها الشروط عن أحكامها في شرط سقوط الضمان وإيجابه كالودائع والشركة لما كانت غير مضمونة كالعقود لا تعتبر مضمونة بالشروط والقروض والعواري لما كانت مضمونة بالعقد لم يسقط الضمان بالشرط كذلك الرهن، فإذا ثبت أن اشتراط ضمان الرهن فاسد وجب اعتباره، فإن كان مشروطاً في عقد الرهن صح الرهن وبطل الشرط، ولم يكن بطلانه قادحاً في صحة الرهن وإن كان مشروطاً في عقد الرهن فهذا من الشروط الناقضة لأنه شرط من جهة الراهن ينفي بعض أحكام الرهن فكان الرهن باشتراطه فيه باطلاً قولاً واحداً، وهل يبطل البيع المشروط فيه أم لا؟ على قولين:

أحدهما: يبطل.

والثاني: لا يبطل، لكن يكون البائع بالخيار بين فسخ البيع وإمضائه بلا رهن، والله تعالى أعلم.

باب الرهن غير مضمون

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أَخْبَرْنَا مُحَمَّد بْن إِسْمَاعِيل بْنِ أَبِي فُـدَيْكٍ عَنِ ابْنِ أَبِي ذِئْبٍ عَنِ الزُّهْرِيِّ عَنِ ابْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ «لاَ يُغْلَقُ الرَّهْنُ وَالرَّهْنُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي رَهَنَهُ لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ» وَوَصَلَهُ ابْنُ الْمُسَيَّبِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ مِثْلَهُ أَوْ مِثْلَ مَعْنَاهُ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ أَبِي أُنَيْسَةَ (قال الشافعي) وَفِيهِ دَلِيلٌ أَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ إِذْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ «الرَّهْنُ مِنْ صَاحِبِهِ فَمَنْ كَانَ مِنْهُ شَيْءٌ فَضَمَانُهُ مِنْهُ لاَ مِنْ غَيْرِهِ» ثُمَّ أَكَّدَهُ بِقَوْلِهِ «لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ» وَغُنْمُهُ سَلاَمَتُهُ وَزِيَادَتُهُ وَغُرْمُهُ عَطَبُهُ وَنُقْصَانُهُ أَلاَ تَرَى لَوْ ارْتَهَنَ خَاتِماً بِدِرْهَمٍ يُسَاوِي دِرْهِماً فَهَلَكَ الْخَاتَمُ فَمَنْ قَالَ ذَهَبَ دِرْهَمُ الْمُرْتَهِنُ بِالْخَاتِمِ زَعَمَ أَنَّهُ غُرْمُهُ عَلَى الْمُرْتَهَنُ لأَنَّ دِرْهَمَهُ ذَهَبَ وَكَانَ الرَّاهِنُ بَرِيئاً مِنْ غُرْمِهِ لأَنَّهُ قَدْ أَخَذَ ثَمَنَهُ مِنَ الْمُرْتَهِنِ وَلَمْ يَغْرَمْ لَهُ شَيْئاً وَأَحَالَ مَا جَاءَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ (قال) وَقَوْلُهُ ﷺ «لاَ يُغْلَقُ الرَّهْنُ» لاَ يَسْتَحِقُّهُ الْمُرْتَهَنُ بِأَنْ يَدَعَ الرَّاهِنُ قَضَاءَ حَقِّهِ عِنْدَ مَحَلِّهِ (قال الشافعي) مِلْكُ الرَّهْنِ لِرَبِّهِ وَالْمُرْتَهَنُ غَيْرُ مُتَعَدٍ بِأَخْذِهِ وَلاَ مُخَاطِرٌ بِارْتِهَانِهِ لأَنَّهُ لَوْ كَانَ إِذَا هَلَكَ بَطَلَ مَالُهُ كَانَ مُخَاطِراً بِمَالِهِ وَإِنَّمَا جَعَلَهُ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَثِيقَةً لَهُ وَكَانَ خَيْراً لَهُ تَرْكُ الارْتِهَانِ بِأَنْ يَكُونَ مَالُهُ مَضْمُوناً فِي جَمِيعِ مَالِ غَرِيْمِهِ».

قال الماوردي: اختلف الناس في الرهن هل هو مضمون على المرتهن أو غير مضمون على خمسة مذاهب.

إحداها: وهو مذهبنا أن الرهن أمانة لا يضمن إلا بالتعدي، وبه قال من الصحابة أبو هريرة رضي الله عنه، ومن التابعين ابن المسيب.

ومن الفقهاء ابن أبي ذئب، وأحمد بن حنبل، وأبو ثور.

والمذهب الثاني: أن الرهن مضمون بأقل أمرين: من قيمته أو الحق المرهون فيه.

مثاله: أن تكون قيمة الرهن ألفاً والحق ألفين فيكون مضموناً بالقيمة وهي ألف، ولو كان قيمة الرهن ألفين، والحق ألفاً، كان مضموناً بالحق وهو ألف، وبه قال من الصحابة عمر.

ومن الفقهاء أبو حنيفة وصاحباه وإبراهيم النخعي، وسفيان الثوري.

والمذهب الثالث: أن الرهن مضمون بقيمته وإن زادت على الحق ويترادّا في الفضل فإن كانت قيمة الرهن ألفاً والحق ألفين ضمنه المرتهن بألف ورجع على الراهن ببقية القيمة وهي ألف وبه قال من الصحابة علي رضي الله عنه ومن التابعين عطاء.

ومن الفقهاء إسحاق.

والمذهب الرابع: أن الرهن مضمون بالحق فإن كان الحق ألفين وقيمة الرهن ألفاً ضمنه بالحق وهو ألفين، وإن كان الحق ألفاً، وقيمة الرهن ألفين ضمنه بالحق وهو ألف، حتى قال أصحاب هذا المذهب: لو كان قيمة الرهن درهم والحق ألفاً ضمنه بألف، وبه قال من التابعين شريح، والحسن البصري وعامر الشعبي.

والمذهب الخامس: أنه إن كان تلفه ظاهراً كالنصب والحريق وانهدام الدار ونفاق الحيوان فهو غير مضمون، وإن كان تلفه باطناً كالسرقة فهو مضمون بقيمته وهو مذهب مالك فهذه جملة مذاهب الناس في ضمان الرهن.

فصل: فمن أوجب ضمانه استدل برواية مصعب بن ثابت عن عطاء أن رجلاً رهن عند رجل فرساً فنفق الفرس في يدي المرتهن فاختلفا فتدافعا إلى رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ ذَهَبَ حَقُّكَ[1] قالوا: فلما خير المرتهن بذهاب حقه لم يخل من ثلاثة أحوال.

إما أن يكون أخبر بذهاب وثيقته أو بذهاب المطالبة ببدله أو بذهاب دينه فلم يحسن أن يخبر بذهاب وثيقته لأن هذا يعلم ضرورة بالحسن ولم يكن اختلافهما فيه ولم يجز أن يخبره بذهاب المطالبة ببدله، لأن المطالبة ببدله لم تكن واجبة قبل تلفه فيذهب بتلفه فعلم أنه أخبره بذهاب دينه، وبرواية علقمة بن مرثد عن مُحَارِب بن دِثَار أن النبي ﷺ قال: «الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ»[2].

قالوا: فلما جعل الرهن بما فيه من الحق وجب أن يكون تلفه مسقطاً للحق.

قالوا: ولأن الحق متعلق بالرهن كتعلق أرش الجناية بالعبد ثم ثبت أن تلف العبد الجاني مسقطاً للأرش فكذا تلف الرهن مسقط للحق.

---

(١) أخرجه أبو داود في المراسيل (١٨٨) والبيهقي في السنن ٤٤١/٦ وابن أبي شيبة في المصنف ١٨٣/٧ والطحاوي ١٠٢/٤ وذكره الزيلعي في نصب الراية ٣٢١/٤.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥١/٦ من طريق زمعة بن صالح وأبو داود في المراسيل (١٨٩ ـ ١٩٠ ـ ١٩١) والدارقطني في السنن ٣٢/٣ وذكره الزيلعي في نصب الراية ٣٢٢/٤ والمتقي الهندي في الكنز (١٥٧٤٣).

وتحريره علة أنه استيفاء حق تعلق ابتداء بالعين فوجب أن يسقط بتلف العين كالعبد الجاني.

وقولهم ابتداء: احترازاً من ولد المرهون؛ لأن عندهم أن الحق يتعلق به، ولا يسقط بتلفه لأن حق الاستيفاء لم يتعلق في الابتداء، ولأن الرهن محتبس في يد المرتهن بالحق كما أن المبيع محتبس في يد البائع بالثمن، فلما كان تلف المبيع في يد البائع موجباً لسقوط الثمن وجب أن يكون تلف الرهن في يد المرتهن موجباً لسقوط الحق.

وتحريره علة أنه محتبس بعقد على وجه الاستيثاق لاستيفاء مال فوجب أن يكون تلفه موجباً لسقوط المال كالمبيع إذا تلف في يد البائع، ولأن أخذ الشيء على وجه ما يتعلق بتلفه ضمان ذلك الوجه كالسَّوْم، لأن المساوم يأخذ الشيء على وجه البدل، فإذا تلف في يده لزمه البدل كذلك المرتهن يأخذ الرهن على وجه استيفاء الحق فإذا تلف في يده تلف بالحق.

وتحريره علة أخذ على الاستيفاء فوجب أن يكون حكمه إذا تلف حكم المستوفى كالسوم، ولأن الرهن في مقابلة الحق فلما كان الحق مضموناً وجب أن يكون ما في مقابلته من الرهن مضموناً كالديون، ولو كان غير مضمون كان ما في مقابلته من الحق غير مضمون كالودائع.

تحريره أنه مأخوذ في مقابلة حق فوجب أن يكون حكمه في الضمان حكم ما في مقابلته من الحق كالقروض المأخوذة في الدين، ولأنه عقد يقضي إلى زوال الملك في ثاني حال فوجب أن يكون مضموناً في الحال كالقرض.

والدلالة على صحة ما ذهبنا إليه رواية معمر وابن أبي ذئب وإسحاق بن راشد وابن أبي أنيسة عن الزهري عن ابن المسيب عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال لَا يُغْلَقَ الرَّهْنُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي رَهَنَهُ لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ.

فالدلالة منه من ثلاثة أوجه:

أحدها: قوله لا يغلق الرهن قال أبو عبيد له تأويلان:

أحدهما: أن المرتهن لا يملكه عند تأخر الحق.

والثاني: أن لا يكون غلقاً فيتلف الحق بتلفه فوجب حمله عليهما جميعاً، وفي هذا نظر؛ لأن اللفظ المبهم إذا لم يعلم مراده بمجرده لم يجز ادعاء العموم في موجبه حتى يكون مستقلاً بنفسه يتناول شيئين فصاعداً فحينئذ يجوز ادعاء العموم فيه.

والدلالة الثانية: من الخبر قوله «الرَّهْنُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي رَهَنَهُ» يعني: من ضمان

صاحبه، ولا يصح حمله على أنه من ملك صاحبه، لأن حرف التمليك هو اللام فلو أراد الملك لقال الرهن لصاحبه ولفظة «من» مستعملة في الضمان، لأنه يقال: هذا من ضمان فلان فلما قال: «مِنْ صَاحِبِهِ» عُلِمَ أنه أراد من ضمان صاحبه والدلالة الثالثة من الخبر قوله «لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ» قال الشافعي رضي الله عنه: غنمه زيادة ونماؤه وغرمه عطبه ونقصه.

فإن قيل: الغرم في اللسان هو التزام البدل عن الشيء عن تلفه ولا ينطلق اسم الغرم على من تلف الشيء من ماله.

قيل: قد ينطلق اسم الغرم على الأمرين معاً على أنه قد يصير غارماً للحق، ثم من الدليل أيضاً قول الله تعالى: ﴿وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَنٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فجعل الله تعالى الرهن بدل من الكتاب والإبدال في عام أحكامها وفي حكم مبدلاتها، كالصيام في الكفارة لما كان بدلاً من العتق كان في الوجوب كالعتق، وكالتيمم في الطهارة لما كان بدلاً من الماء كان في الوجوب كالطهارة بالماء، وإذا وجب أن يكون حكم البدل حكم المبدل بدليل ما ذكرنا من الشاهد، وجب أن يكون حكم الرهن حكم الكتاب فلما كان تلف الكتاب لا يوجب سقوط الحق، وجب أن يكون تلف الرهن لا يوجب سقوط الحق، ولأن الرهن وثيقة كالضمان ثم ثبت أن الحق لا يسقط بتلف الضامن وجب أن لا يسقط بتلف الرهن.

وتحريره علة أنه وثيقة في الحق فوجب أن لا يكون تلفه مسقطاً للحق كالضمان، ولأن فاسد كل عقد مردود إلى صحيحه في وجوب الضمان وسقوطه، ألا ترى أن البيع لما كان فاسده مضموناً كان صحيحه مضموناً، والشركة والمضاربات لما كان صحيحها غير مضمون كان فاسدها غير مضمون ثم ثبت أن الرهن الفاسد غير مضمون فوجب أن يكون الرهن الصحيح غير مضمون.

وتحريره علة أنه عقد فاسد غير مضمون فوجب أن يكون صحيحه غير مضمون كالشركة والمضاربات، ولأن الرهن قد يبطل بتلفه كما يبطل بفسخه ثم ثبت أن بطلانه بالفسخ لا يوجب سقوط الحق فوجب أن يكون بطلانه بالتلف لا يوجب سقوط الحق.

وتحريره أنه معنى يبطل الرهن فوجب أن لا يسقط الحق كالفسخ، ولأن الأصول موضوعة على أن كل شيء كان بعضه غير مضمون كان جميعه غير مضمون كالودائع والشيء المستأجر، وكل شيء كان بعضه مضموناً كان جميعه مضموناً كالبيوع والغصوب، فلما كان كان بعض الرهن غير مضمون وهو ما زاد على قدر الحق وجب أن يكون جميعه غير مضمون بالحق.

وقد يتحرر من هذا الاستدلال قياسان:

أحدهما: أنه مقبوض لا يوجبه ضمان بعضه، فوجب أن لا يجب ضمان جميعه كالودائع، والشيء المستأجر.

والثاني: أنه مرهون فوجب أن يكون بالعقد غير مضمون كالزيادة على الحق، ولأن الرهن وثيقة لمن له الحق، فلو كان مضموناً بالحق لكان وثيقة على من له الحق، وفي ذلك إبطال لمعنى الرهن، وهذا استدلال الشافعي.

فأما الجواب عن قول النبي ﷺ لمرتهن الفرس «ذَهَبَ حَقُّكَ» فراويه مصعب بن ثابت وهو ضعيف، ثم هو مرسل؛ لأنه عن عطاء والمراسيل عندنا لا يجب بها العمل، ثم هو مرسل لأنه عن عطاء ثم هي قضية في عين يجوز أن تكون على وجه التعدي، فلزم فيه الضمان على أنه لو خلا من هذه الأمور المانعة من وجوب العمل به وجاء مجيئاً يلزم الآخذ به لكان عن قوله «ذهب حقك» جوابان:

أحدهما: المراد به حق الوثيقة، وسقوط حقه من الدين سقط لحقه من الوثيقة، وليس سقوط حقه من الوثيقة مسقط لحقه من الدين، فلو كان أراد به ذهاب حقه من الدين لقال ذهب حقك، فلما قال: «ذَهَبَ حَقُّكَ» وأشار إلى حق واحد عُلِمَ أنه أراد حق الوثيقة دون الدين.

والجواب الثاني: أن قوله ذَهَبَ حَقُّكَ، محمول على ذهاب حقه من فسخ البيع؛ لأنه لو تلف قبل القبض لكان يستحق فسخ البيع فإذا تلف بعد القبض كان في الجائز أن يستحق فسخ البيع فأذهب النبي ﷺ حقه في الفسخ بعد القبض.

وأما الجواب عما روي من قوله «الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ» إن صح محمول على أنه وثيقة بما فيه فلا يجوز حمله على أنه مضمون بما فيه لأمرين:

أحدهما: أنه زيادة لضمان لا يقتضيه اللفظ.

والثاني: أنه جعل الرهن بما فيه مع بقائه، وهو على بقائه غير مضمون على مرتهنه حين يتلف، وإنما هو مع بقائه وثيقة بما فيه فلم تصح الدلالة منه.

فأما الجواب عن قياسهم على تلف العبد الجاني فالمعنى في العبد الجاني أن الأرش تعلق بمحل واحد وهو رقبة الجاني فإذا تلف العبد بذل الأرش كتلف محله، وحق المرتهن متعلق بمحلين

أحدهما: ذمة الراهن.

والثاني: رقبة الرهن.

فإذا تلف الرهن فقد تلف أحد المحلين، وبقي الآخر فلم يتلف الحق لبقاء أحد محليه كالدين المضمون لما كان متعلقاً بالمحلين يلزمه المضمون عنه، وبذمة الضامن لم يكن تلف الضامن للدين مبطلاً للحق لبقاء المحل الآخر.

وأما الجواب عن قياسهم على تلف المبيع في يد البائع. فالمبيع غير محتبس بعقد؛ لأن عقد البيع يوجب تسليمه، ويمنع من حبسه، وإنما تأخير الثمن يوجب حبسه ألا تراه يستديم حبساً قبل البيع فلم يسلم الوصف في قولهم محتبس بعقد وإذا لم يسلم الوصف انتقصت العلة على أصلهم بزيادات الرهن من الأولاد والنتاج وهي محتبسة بالحق ثم لا يضمنها. المرتهن على أن المعنى في البيع أنه في مقابلة عوض يسقط بالفسخ فلذلك لم يسقط بالتلف.

وأما الجواب عن قياسهم على السوم فمنتقض بالشيء المستأجر، لأنه أخذه على وجه الاستيفاء، ولا يضمن إذا تلف ضمان الاستيفاء على أن السوم دليلنا.

وذلك أن سبب كل شيء فيما يتعلق بالضمان حكم سببه بدليل أنه لو أخذ الشيء من مساومه كان مضموناً عليه، ولو أخذه عن عقد مبايعة كان مضموناً عليه، فلما كان لو أخذ الشيء لمرتهنه لم يكن مضموناً عليه، وجب إذا أخذه عن عقد رهن أن يكون غير مضمون عليه وأما الجواب عن قياسهم على القروض المأخوذة بالدين، وعن قياسهم على القرض فواحد وهو أن ذلك مأخوذ على وجه البدل من الحق بدليل أن قيمته لا توجب سقوط الحق فلذلك لم يكن مضموناً والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَا ظَهَرَ هَلَاكُهُ وَخَفِيَ سَوَاءٌ لا يَضْمَنُ الْمُرْتَهِنُ وَلَا الْمَوْضُوعُ عَلَى يَدَيْهِ مِنَ الرَّهْنِ شَيْئاً إِلَّا فِيمَا يَضْمَنَانِ فِيهِ مِنَ الْوَدِيعَةِ بِالتَّعَدِّي».

قال الماوردي: وهذا له رداً على مالك حيث أوجب ضمان حقي هلاكه من الرهن وأسقط ضمان ما ظهر هلاكه وكان من صحته فيه أن الناس مضطرون إلى الرهن فلو سقط الضمان على المرتهن مما خفي هلاكه لصار ذريعة إلى ادعاء تلف الرهن والمطالبة بالحق فإذا وجب الضمان كان ذلك مأموناً، وهذا خطأ، لأنه لو وجب اعتبار هذا المعنى في الرهن خوفاً من ادعى بتلف الرهن مع بقائه ولوجب اعتباره في الودائع والمضاربات والشرك والأمانات فيجب ضمان ما خفي هلاكه منها، ويسقط ضمان ما ظهر، ولا غير مثله في العواري ولغصب فلما كانت الأمانات غير مضمونة فيما خفي هلاكه أو ظهر والعواري والغصوب مضمونة فيما خفي هلاكه أو ظهر وجب أن يكون الرهن لاحقاً لأحدهما في وجوب ضمانه أو سقوطه إذ هما أصلان ليس لهما ثالث فيرد الرهن إليه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ قَضَاهُ مَا فِي الرَّهْنِ ثُمَّ سَأَلَهُ الرَّاهِنُ فَحَبَسَهُ عَنْهُ وَهُوَ يُمْكِنُهُ فَهُوَ ضَامِنٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن الرهن وثيقه وللمرتهن حبسه في حقه، فإن تلف لم يضمنه، لأنه محتبس بحقه وكذلك لو بقي من الحق شيء وإن قل فحبسه بما بقي منه لم يضمنه فإذا استوفى حقه لزمه تسليمه ورفع يده فإن حبسه بعد استيفاء حقه حتى تلف بطرفيه فإن كان معذوراً في حبسه بحدوث سبب منع من رده لغيبة أو مرض لم يضمنه، وإن كان غير معذور في حبسه فعليه ضمانه، لأنه صار بحبسه بعد استيفاء حقه متعدياً فلو اختلف الراهن والمرتهن فيه فقال الراهن حبسه غير معذور فعليك ضمانه، وقال المرتهن: حبسه معذوراً، فلا ضمان عليّ، فالقول للمرتهن مع يمينه بالله لقد حبسته معذوراً، فلا ضمان عليه، لأنه يرى الذمة، والله أعلم بالصواب هذا آخر كتاب الرهن من المزني رحمه الله.

فصل: في فروع الرهن يجوز أن يرهن الدنانير في الدراهم والدراهم في الدنانير سواء كانت المرهونة موزونة أو غير موزونة إذا كانت مشاهدة؛ لأن أخذ الحق منها ممكن وبيع الدراهم بالدنانير جزافاً جائز.

فرع: ويجوز رهن الدراهم في الدنانير والدنانير في الدنانير، سواء كانت الدراهم أو الدنانير المرهونة جزافاً أو موزونة؛ لأنه لما جاز أن يكون الرهن من غير جنس الحق كان الرهن من جنس الحق بالجواز أحق.

فرع: إذا رهنه بحقه ديناً له على غيره لم يجزه، لأن الدين ليس بعين فيمكن بيعها، ولأن الرهن ليس بحوالة فيستحق المطالبة بها، وما لا يمكن المطالبة به ولا استيفاء الحق منه فرهنه باطل.

فرع: إذا رهنه بحقه ديناً له في ذمته مثل أن يكون له دراهم وعليه دنانير أو حنطة من سلم فيرهنه ما في ذمته من الحنطة بماله من الدراهم كان فاسداً لما ذكرنا من التعليل.

فرع: إذا رهنه بدينه سكنى دار مدة معلومة كان فاسداً؛ لأن السكنى بمضي مدته فاتت، فلا يبقى رهن يمكن أن يستوفى منه الدين.

فرع: إذا آجره داراً سنة جاز أن يأخذ بالأجرة رهناً قبل مضي السنة، لأن الأجرة واجبة في الذمة.

فرع: إذا استأجر منه عملاً معلوماً أراد أن يأخذ بالعمل رهناً فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون الإجارة معينة.

والثاني: أن تكون في الذمة فإن كانت الإجارة معينة وهو أن يستأجر في عينه لبناء دار، أو لعمل معلوم، فلا يجوز أن يأخذ به رهناً، لأن المستحق عليه من العمل تعين عليه لا يقوم غيره مقامه فيه، وما يتعلق بالأعيان فلا يجوز أخذ الرهن كالعواري والغصوب فإن كانت الإجارة في الذمة، وهو أن يستأجر منه في ذمته بناء دار أو عمل معلوم فلا يخلو ذلك من أحد أمرين، إما أن يكون قد دفع الأجرة إليه أو لم يدفعها، فإن كان لم يدفع إليه الأجرة لم يجز أن يأخذ منه رضا، لأن الرهن وثيقة من الحق المستحق والعمل قبل دفع الأجرة غير مستحق، فإن كان قد دفع الأجرة إليه ففي جواز أخذ الرهن في العمل وجهان:

أحدهما: لا يجوز أخذ الرهن فيه، لأن استيفاء العمل من الرهن غير ممكن.

والوجه الثاني: أن أخذ الرهن فيه جائز، لأنه حق مستقر في الذمة له قيمة يمكن استيفاؤها من الرهن فجاز فيه كالدين.

فصل آخر: إذا ضمن له ألفاً واستقر ضمان الألف عليه جاز أن يعطيه بالألف التي ضمنها رهناً، لأنه حق مستقر.

فرع: ولو ضمنها بشرط أن يعطيه بها رهناً مثل أن يقول ضمنت لك عن فلان ألفاً على أنني أعطيك بها رهناً كان في صحة الضمان وجهان:

أحدهما: أنه صحيح؛ لأنه رهن شُرِط مع وجوب الحق كالبيع، فعلى هذا الضامن بالخيار بين إقباض الرهن ومنعه.

والوجه الثاني: الضمان فاسد، لأنه وثيقة فإذا شرط فيه الاستيثاق بالرهن صارت وثيقة الضمان واهية فبطلت والله أعلم.

فرع: فلو أعطاه رهن بألف على أن يضمن الألف فلان كان في صحة الرهن وجهان كما ذكرناه في الضمان [لأن شرط لضمان في الرهن كشرط الرهن في الضمان][1] أحد الوجهين: أن الرهن صحيح، والمشروط ضمانه بالخيار بين أن يضمن أو يمتنع.

والوجه الثاني: أن الرهن فاسد لوهاء الاستيثاق به عند شرط الضمان فيه.

فرع: ولو كانت عليه ألف نأعطاه بها رهناً وأقام له بها ضامناً جاز، لأن الرهن وثيقة، والضمان وثيقة، فلم يمتنع اجتمعهما من حق واحد كاجتماع الشهادة والضمان، فإذا حل الحق ففيه قولان حكاهما أبو حامد في جامعه أحدهما أن لصاحب الحق مطالبة الضامن به،

(١) سقط في د.

وليس له بيع الرهن إلا بعد استيفائه من الضمان، لأن ما أمكن استيفاؤه من الحقوق من غير إزالة ملك وجب استيفاؤها من غير إزالة ملك[1].

والقول الثاني: أن لصاحب الحق بيع الرهن واستيفاء حقه من صلبه وليس له مطالبة الضامن به إلا بعد تعذر استيفائه من الرهن؛ لأن الرهن عين بيده أخذها لاستيفاء حقه والصحيح عندي غير هذين وأن صاحب الحق بالخيار في حقه بين مطالبة الضامن به وبين بيع الرهن فيه لأن ضمان الحق لا يمنع من مطالبة غيره به ومطالبة غيره به لا تمنع من مطالبة الضامن به، ألا ترى أن من له على رجل دين فضمنه ضامن فله مطالبة الضامن والمضمون عنه ولا تكون مطالبة أحدهما مانعاً من مطالبة الآخر.

فصل: إذا كان على رجل ألف فأحال بها على رجل انتقلت الألف بالحوالة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وجاز أن يأخذ بها رهناً من المحال عليه، لأنها دين مستقر عليه.

فرع: ولو أحاله بالألف على أن يعطيه المحيل بها رهناً لم يجز؛ لأن الحوالة قد نقلت الحق من ذمته فلم يبق عليه ما يجوز أن يعطى رهناً فيه، وليس كالضمان الذي لا ينقل الحق ويجوز أن يعطى فيه رهناً.

فرع: ولو أحاله بالألف على أن يعطيه المحال عليه رهناً بها ففي جوازه وجهان مبنيان على اختلاف الوجهين في الحوالة، هل هي بيع أو عقد إرفاق

أحدهما: أنها بيع، فعلى هذا اشتراط الرهن منه جائز.

والثاني: أنها عقد إرفاق فعلى هذا اشتراط الرهن فيها باطل وفي بطلان الحوالة وجهان:

أحدهما: قد بطلت لقدح الشرط الباطل فيها.

والثاني: لا تبطل لخروجها عن عقود المعاوضات ولحوقها بعقود الإرفاق والمعونات.

فصل: إذا وهب له عبداً فرهنه قبل قبضه كان رهناً فاسداً؟ لأن الهبة لا تملك إلا بالقبض، ولو رهنه بعد قبضه كان رهنه جائزاً سواء وهبه ممن يجوز له الرجوع في هبته كالوالد أم لإتمام الملك بحصول القبض، فلو وهب له عبداً وأذن له في رهنه صح الرهن ولم تتم الهبة لأن الإذن بالرهن ليس بقبض فتتم به الهبة. والرهن وإن لم يملكه فقد رهنه بإذن

---

(١) سقط في د.

مالكه، فلم يمتنع من الصحة، فإن أقبضه المرتهن ثم الرهن بالعقد السابق عن إذنه، والقبض الحادث عن إذنه، ولم تتم الهبة، لأن قبضه رهناً غير قبضه هبة، ويكون حكم هذا العبد كحكم المعار في الرهن.

فرع: إذا ابتاع عبداً ورهنه قبل قبضه نُظر.

فإن كان البائع لم يقبض عنه. فالرهن باطل؛ لأنه محبوس بثمنه فصار كالمرهون فلم يجز رهنه قبل فكاكه وإن كان قبل قبض ثمنه ففي جواز رهنه قولان:

أحدهما: وهو ظاهر نصه. أن ذلك جائز لتمام ملكه.

والثاني: وهو محكي عنه في البيوع أن ذلك باطل كالبيع والله أعلم.

كِتَابُ التَّفْلِيسِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ عَاصِمٍ قَالَ سَمِعْتُ الْمُزَنِي قَالَ (قال الشافعي) أَخْبَرَنَا ابْنُ أَبِي فُدَيْكٍ عَنِ ابْنِ أَبِي ذِئْبٍ قَالَ حَدَّثَنِي أَبُو الْمُعْتَمِرِ بْنُ عُمَرَ بْنِ نَافِعٍ عَنْ خَلْدَةَ أَوْ ابْنِ خَلْدَةَ الزُّرَقِي (الشَّكُّ مِنَ الْمُزَنِيّ) عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ رَأَى رَجُلاً أَفْلَسَ فَقَالَ هَذَا الَّذِي قَضَى فِيهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ[1] (قال الشافعي) وَفِي ذَلِكَ بَيَانُ أَنَّهُ جَعَلَ نَقْضَ الْبَيْعِ الأَوَّلِ إِنْ شَاءَ إِذَا مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال كتاب التفليس، ويقال كتاب الفلس قال بعض أصحابنا وأكره أن يقال كتاب الإفلاس، لأن الإفلاس مستعمل في الإعسار بعد اليسار والتفليس يستعمل في حجر الحاكم على المديون فكان أليق بالحال، والأصل في جواز الحجر بالفلس مَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَجَرَ عَلَى مُعَاذٍ وَقَالَ لِغُرَمَائِهِ: خُذُوا مَا مَعَهُ فَلَيْسَ لَكُمْ إِلاَّ مَا وَجَدْتُمْ وَرَوَى عِيَاضُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ قَالَ: أُصِيبَ رَجُلٌ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي ثِمَارٍ ابْتَاعَهَا فَكَثُرَ دَيْنُهُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِغُرَمَائِهِ: «خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ لَيْسَ لَكُمْ إِلاَّ ذَلِكَ»[2] وَرَوَى عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمٰنِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ بِلاَلِ بْنِ الْحَارِثِ أَنَّ رَجُلاً مِنْ جُهَيْنَةَ يُقَالُ لَهُ أُسَيْفِعُ أَفْلَسَ فَقَامَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَقَالَ: أَمَّا بَعْدُ فَإِنَّ الأُسَيْفِعَ أُسَيْفِعُ جُهَيْنَةَ وَكَانَ يُغَالِي بِالرَّوَاحِلِ رَضِيَ مِنْ أَمَانَتِهِ وَدِينِهِ بِأَنْ يُقَالُ سَبَقَ الْحَاجَّ فَأَدَانَ مَعرضاً فَأَصْبَحَ قَدْ دِينَ بِهِ فَمَنْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ فَلْيَأْتِنَا فَإِنَّا آخِذُوا مَالَهُ وَقَاسِمُوهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ وَإِيَّاكُمْ وَالدَّيْنَ فَإِنَّ أَوَّلَهُ هَمٌّ وَآخِرَهُ حَرَبٌ[3] ولأنه لما جاز الحجر بالمرض لأجل الورثة لأن المال صائر إليهم وإن لم يملكوه في الحال فأولى أن يجوز الحجر بديون الغرماء لأن المال لهم وقد استحقوه في الحال.

---

(1) أخرجه الشافعي في ترتيب المسند ٢/١٦٣ (٥٦٤) وأبو داود ٣/٧٩٣ ـ ٧٩٤ كتاب البيوع (٣٥٢٣) وابن ماجة ٢/٧٩٠ كتاب الأحكام (٢٣٦٠) وابن الجارود في المنتقى (٢١٤) حديث (٦٣٤) والحاكم في المستدرك ٢/٥٠ كتاب البيوع وقال: صحيح الإسناد وأقره الذهبي.

(2) أخرجه مسلم ٣/١١٩١ كتاب المساقاة (١٨ ـ ١٥٥٦).

(3) أخرجه مالك في الموطأ ٢/١٣٦ ـ ١٣٧ بسند منقطع والبيهقي في السنن الكبرى ٦/٤٩ وانظر تلخيص الحبير ٣/٤٠ ـ ٤١.

فصل: فإذا ثبت جواز الحجر بالفلس فلا يجوز للحاكم أن يبتدئه من غير سؤال الغرماء فإذا سألوه الحجر عليه بدين لهم لم يجز أن يوقع الحجر عليه إلا بعد ثبوت ديونهم وثبوتها بأحد وجهين إما بإقراره وإما بقيام البينة عليه عند إنكاره فإذا ثبت ديون الغرماء وجب على الحاكم أن ينظر قدر ماله فإنه لا يخلو من أن يعجز عن دينه أو يكون فيه وفاء بدينه فإن عجز ماله عن ديونه وجب على الحاكم أن يحجز عليه في ماله سواء سأله جميع الغرماء أو بعضهم؛ لأن في تركه متصرفاً في ماله إضاعة لديونهم وإبطالاً لحقوقهم، وأنه ربما عجل قضاء بعضهم وترك ديون الباقين تالفة فكان الحجر عليه أولى ليمتنع من التبذير ويصل جميع الغرماء إلى حقوقهم بالسواء، وإن كان ماله يفي بديونه أو يزيد عليها لم يخل حاله من أحد أمرين: إما أن تظهر منه إمارات الإفلاس أو لا يظهر فإن لم يظهر منه إمارات الإفلاس ـ بل كان ماله يفي بديونه ويكتسب قدر نفقته ولم يكن مبذراً لماله ـ لم يجز الحجر عليه بل يأخذه الحاكم بقضاء ديونه فإن أبى حبسه بها إن سأل أربابها وإن ظهرت عليه إمارات الفلس وذلك يكون في أحد وجهين:

إما من عجز عن كسبه عن قدر حاجته وإما من تبذيره وإسرافه في نفقته فهل يستحق الحجر عليه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يحجر عليه الحاكم في ماله: لأن في تركه متصرفاً فيه إضاعة له وإبطالاً لحقوق غرمائه ويستدل قائل هذا الوجه لذلك من مذهب الشافعي بقوله في اختلاف المتبايعين: إذا قال كل واحد منهما لا أدفع حتى أقبض أنه يجبر البائع على تسليم السلعة ويجبر المشتري على دفع الثمن فإن كان ماله غائباً حجر عليه في السلعة وفي جميع ماله. فقد أوقع الشافعي الحجر على من كان ماله يفي بدينه ويزيد.

والوجه الثاني: أنه لا يجوز أن يحجر عليه لقدرته على أداء دينه ولأن في إيقاع الحجر عليه تعجيل الحكم لعلة مظنونة غير متحققة وذلك غير جائز وما يخالف من تبذير ماله قد يمكن الاحتراز منه بأن يؤخذ بتعجيل القضاء.

فصل: فإذا ثبت أن الحجر بالفلس مستحق بما ذكرنا فحجر الحاكم على ماله لغرمائه وكان فيهم من وجد عين ماله قبل قبض ثمنه فأراد الرجوع به فإن كان الحجر عليه لعجز ماله عن ديون غرمائه كان لكل من وجد عين ماله أن يرجع به فإن كان الحجر عليه مع وفاء ماله بديونه على أحد الوجهين فهل لمن وجد عين ماله الرجوع به أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: له الرجوع بعين ماله؛ لأنه محجور عليه بالفلس كالعاجز.

والوجه الثاني: لا رجوع له؛ لأنه إنما رجع بعين ماله في الحجر بالعجز حتى لا يلحقه نقص وصاحب الوفاء قد يصل جميع غرمائه إلى ديونهم فلم يلحق أرباب الأعيان بتركها نقص.

فصل: فلو كان في يد المفلس أعيان لم يؤد أثمانها وقد زادت أسعارها فإن استرجعها أربابها عجز ماله عن دينه وإن تركوها عليه كان في ماله وفاء بدينه فقد اختلف أصحابنا هل يجري عليه حكم العاجز عن دينه أو حكم المليء به؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يجري عليه حكم العاجز عن دينه؛ لأن تلك الأعيان مستحقة الاسترجاع فلم تعتبر زيادة أثمانها في ماله.

والوجه الثاني: أنه يجري عليه حكم المليء بدينه؛ لأن تلك الأعيان على ملكه قبل الاسترجاع فكانت زيادة أثمانها ملكاً له فعلى هذا إن لم تظهر عليه إمارات الإفلاس لم يحجر عليه وإن ظهرت عليه إمارات الإفلاس ففي وجوب الحجر عليه وجهان.

فصل: فإذا تمهد ما ذكرنا فكل غريم للمفلس ثبت دينه من ثمن مبيع لم يخل حال العين المبيعة إذا لم يقبض البائع ثمنها من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تكون في يد البائع لم يسلمها إلى المشتري حتى حجر عليه بالفلس فللبائع أن يفسخ البيع فيها ويأخذ بثمنها وله أن يمضي البيع ويسلمها ويضرب مع الغرماء بثمنها وهذا قول متفق عليه ليس يعرف خلاف فيه، وعند أبي حنيفة: يقدم بائعه بثمنها.

والحال الثانية: أن يكون المشتري قد قبضها وخرجت عن ملكه ببيع أو هبة أو استهلاك فالبائع لها أسوة الغرماء يضرب بثمنها معهم كأحدهم.

والحال الثالثة: أن يكون المشتري قد قبضها وهي قائمة في يده وباقية على ملكه فقد اختلف الناس هل يستحق البائع الرجوع بها أم لا؟ فذهب الشافعي إلى أن البائع أحق بها وله أن يسترجعها بثمنها وبه قال من الصحابة: عثمان وعلي وابن مسعود، وأبو هريرة ومن التابعين، عروة بن الزبير، وعمر بن عبد العزيز، ومن الفقهاء مالك، والأوزاعي، وأحمد وإسحاق.

وقال أبو حنيفة: البائع أسوة الغرماء لا حق له في الرجوع بعين ماله. وبه قال الحسن البصري، وإبراهيم النخعي، استدلالاً برواية الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن النبي ﷺ وربما أسندوه عن أبي هريرة عن النبيِّ ﷺ أنه قال: أَيِّمَا

امْرِئٍ هَلَكَ وَعِنْدَهُ مَتَاعُ امْرِئٍ بِعَيْنِهِ اقْتَضى مِنْهُ شَيْئاً أَو لَمْ يَقْتَضِ فَهُوَ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ[1] وَلأَنَّ الْبَائِعَ حبس المبيع على ثمنه كما أن للمرتهن حبس الرهن على حقه فلما كان المرتهن لورد الرهن على راهنه لم يكن له الرجوع إليه عند تعذر حقه وجب إذا سلم البائع المبيع إلى مشتريه أن لا يكون له الرجوع إليه عند تعذر ثمنه، وتحديد ذلك قياساً أنه محبوس لاستيفاء الحق منه فوجب أن يكون رفع اليد عنه مسقطاً لحق الاستيفاء منه كالرهن، ولأن البائع قد وجب له بعقد البيع حقان:

أحدهما: ثبوت الثمن في الذمة.

والثاني: حبس المبيع على قبض ثمنه ثم ثبت أنه لو أسقط حقه من الثمن الذي في الذمة بالإبراء لم يعد إليه لحدوث الفلس وجب إذا أسقط حقه من حبس المبيع بالتسليم أن لا يعود إليه لحدوث الفلس.

وتحرير ذلك قياساً: أنه أحد نوعي حق يستحق بالعقد فوجب أن لا يعود إليه بالفلس بعد سقوطه بالعفو كالثمن، ولأن الحقوق المستقرة في الذمم لا تنتقل إلى الأعيان بتعذر الاستيفاء كالموسر إذا مطل، ولأنه تسليم يمنع حق الإمساك فوجب أن لا يعود إليه بالإفلاس كالهبة إذا قبضت، ولأنه لما كان المشتري قد ملك المبيع كسائر أمواله وكان الثمن مستقراً في ذمته كديون غرمائه وجب أن يكون حكم البائع كحكم جميع الغرماء وحكم المبيع كحكم سائر الأموال والدلالة على ما ذكرنا حديث خلدة أو ابن خلدة الزرقي قاضي المدينة قال: أَتَيْنَا أَبَا هُرَيْرَةَ فِي صَاحِبٍ لَنَا قَدْ أَفْلَسَ فَقَالَ: هَذَا الَّذِي قَضى فِيهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِالْمَتَاعِ إِذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ» فإن قالوا: هذا الحديث لا يصح الاحتجاج به، لأن راويه مشكوك فيه هل هو خلدة أو ابن خلدة؟ فعنه جوابان:

أحدهما: أنه شك في اسمه لا في عينه وذلك غير مانع من الأخذ بروايته.

والثاني: أنه شك بين ثقتين، لأن خلدة ثقة مقبول الحديث وابن خلدة ثقة مقبول الحديث والشك بين راويين لا يمنع من الأخذ بالحديث إذا كانا ثقتين على أن الشافعي قد رواه من طريق آخر عن مالك عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم

---

(١) الرواية الأولى المرسلة أخرجها أبو داود ٣/٣٠٩ كتاب البيوع (٣٥٢٠) وعبدالرزاق في المصنف ٨/٢٦٤ (١٥١٥٨) ومالك في الموطأ ٢/٨٣، والرواية الثانية المسندة أخرجها أبو داود أيضاً في الموضع السابق (٣٥٢٢) والبيهقي في السنن ٦/٤٧.

عن عمر بن عبد العزيز عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي هريرة أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَفْلَسَ فَأَدْرَكَ الرَّجُلُ مَالَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ».[(١)]

فإن قالوا: هذا حديث تفرد به أبو هريرة ولم يساعده عليه غيره وذلك وهن في الحديث يمنع من الأخذ به؟ قلنا: أبو هريرة من جملة الصحابة وليس تفرده بالحديث مانعاً من الأخذ به كما تفرد بالرواية عن النبي ﷺ «أَنَّهُ نَهَى عَنِ الْجَمْعِ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا وَبَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا»[(٢)] ثم قد أخذ المسلمون كلهم به وعملوا وكما تفرد أبو ثعلبة الخشني «بِالنَّهْيِ عَنْ أَكْلِ كُلِّ ذِي نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ» وتفردت عائشة رحمها الله بِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى أَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ على أن غير أبي هريرة قد وافقه على الرواية وهو ما روى فليح بن سليمان عن نافع عن ابن عمر قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِذَا عَدِمَ الرَّجُلُ فَوَجَدَ الرَّجُلُ مَتَاعَهُ بعينه فهو أَحَقُّ به»،[(٣)] وإنْ قالوا: فقوله: «صاحبُ المتاعِ أحق بِمَتَاعِهِ» لا يجوز أن يتوجه إلى البائع، لأن المتاع ليس له وإنما هو للمشتري وإذا كان كذلك وجب حمله على المفلس إذا كان مودعاً أو غاصباً ليصح كون المتاع ملكاً لمسترجعه قلنا: هذا التأويل لا يصح لأنه جعله أحق بمتاعه بوجوب شرط وهو حدوث الفلس وصاحب الوديعة والغصب مستحق استرجاع ماله بشرط وغير شرط وفلس وغير فلس ويكون معنى قوله: «فصاحب المتاع». الذي كان صاحب المتاع كما قال (الله) تعالى حاكياً عن يوسف: ﴿اجْعَلُوا بِضَاعَتَهُمْ فِي رِحَالِهِمْ﴾[يوسف: ٦٢] يعني التي كانت بضاعتهم، لأنها خرجت عن ملكهم، وقال حاكياً عن أخوته: ﴿هَٰذِهِ بِضَاعَتُنَا رُدَّتْ إِلَيْنَا﴾ [يوسف: ٦٥] يعني: التي كانت بضاعتنا، على أننا قد روينا ما ذكرناه نصاً وهو ما رواه الشافعي عن مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعاً فَأَفْلَسَ الَّذِي ابْتَاعَهُ وَلَمْ يَقْبِضِ الَّذِي بَاعَهُ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئاً فَوَجَدَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ فَإِنْ مَاتَ الْمُشْتَرِي فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ»[(٤)] ثم يدل على ذلك من طريق المعنى هو أن عقد البيع قد ملك به البائع الثمن في الذمة كما ملك به المشتري العين المبيعة ثم ثبت أن المشتري يستحق الفسخ بوجود العيب في العين المبيعة فوجب أن يستحق البائع الفسخ بحدوث العيب في العين المبيعة فوجب أن يستحق البائع الفسخ

---

(١) أخرجه الشافعي في ترتيب المسند ١٦٣/٢ كتاب التفليس (٥٦٢) والبخاري ٦٢/٥ كتاب الاستقراض (٢٤٠٢) ومسلم ١١٩٤/٣ كتاب المساقاة (٢٤ ـ ١٥٥٩).

(٢) أخرجه البخاري ١٦٠/٩ كتاب النكاح (٥١٠٩) ومسلم ١٠٢٨/٢ كتاب النكاح (٣٣ ـ ١٤٠٨).

(٣) أخرجه ابن حبان ص ٢٨٣ حديث (١١٦٥) والهيثمي في كشف الأستار ١٠٠/٢ ـ ١٠١ (١٣٠١).

(٤) أخرجه أبو داود مرسلاً ٣٠٩/٢ كتاب البيوع (٣٥٢٠) ومالك في الموطأ (٦٧٨) بنحوه وصححه وقد تقدم تخريجه.

كالعين، ولأن ما في الذمة قد يتنوع نوعين ثمناً ومثمناً فلما كان العجز عما كان في الـذمة من الثمن في عقد السلم يقتضي الفسخ وجب أن يكون العجز عمـا في الذمـة من الثمن في عقد البيع يقتضي الفسخ، وتحديد ذلك قياساً: أنه أحد نوعي ما ثبت في الذمة عن عقد معـاوضة فجـاز أن يستحق الفسخ بتعـذره كالثمن في السلم، ولأن المشتـري قد ملك مـا ابتاعـه قبـل القبض (كما ملكه بعـد القبض) فلما استحق البـائع بفلس المشتـري استرجـاع ما بـاعه قبـل القبض استحقه بعد القبض وتحديد ذلك أنه مشتـر أفلس بثمن ما ابتـاعه فجـاز أن يستحق به البائع استرجاع ما باعه ـ إذا كان على ماله ـ قياساً على مـا قبل القبض، ولأن الثمن في البيـع مستوفى من ذمة المشتري كما أن السكنى في الإجارة مستوفاة من الدار المستـأجرة فلمـا كان خراب الدار يقتضي فسخ الإجارة واسترجاع الأجرة وجب أن يكون خراب الذمة يقتضي فسخ البيع واسترجاع العين المبيعة، وتحديد ذلك أنه حق تعين استيفاؤه من محل فوجب أن يكون خراب المحل عند استيفاء الحق منه موجباً للفسخ كـالإجارة، ولأن عقـد البيع قـد نقل ملك البائع عن العين المبيعة إلى الثمن في الذمة كما أن عقـد الكتابـة قد نقـل ملك المشتري عن رقبة العبد إلى ما حصل له في ذمته فلما كان عجـز المكاتب عمـا في ذمته مـوجباً لاستـرجاع العين وجب أن يكون عجز المشتري عما في ذمته موجبـاً لاسترجـاع العين وتحريـره أنه نـوع معاوضة ينتقل به حق المعاوض من عين إلى ذمة فجـاز أن يعود إلى العين عنـد خراب الـذمة كالكتابة، وأما الجواب عن الخبر فهو مرسل لا يلزم الاحتجاج بـه وقد تفـرد قتادة بنقله وغلط فيه والمشهور ما روينا من الطرق المختلفة ولو صح لكان محمولاً على أحد وجهين:

إما أن يكون حين مات موسراً.

وإما أن يرضى البائع أن يكون أسوة الغرماء على أن أبـا حامـد كان يقـول: إن الغرمـاء ضربان منهم من يرجع بعين ماله ومنهم من لا عين له فيضرب بدينه في ملكـه فلم يكن حمله على أحد الفريقين بأولى من حمله على الفريق الآخر، وأما الجواب عن قياسهم على الـرهن فهو أن الرهن لما كان عقداً بطل بفسخه فلم يعد إلى الرهن إلا باستيثاقه وحق الحبس هـاهنا كان لاستيفاء الثمن وهذا المعنى باق بعد رفع يديه فجاز أن يعود لبقاء الحق إلى آخذه، فـأما الجواب عن قياسهم على الإبـراء من الثمن فالإبـراء لما أسقط الحق لم يكن لـه الرجـوع فيه ورفع يده عن المبيع لما لم يسقط الحق جـاز له الـرجوع فيـه، وأما الجـواب عن استدلالهم بالموسر المماطل فمن وجهين:

أحدهما: أن مطل الموسر لم تخرب به الذمة فلم يستحق به الفسخ والفلس قد خربت به الذمة فاستحق به الفسخ.

والثاني: أن الموسر إذا مطل أمكن استيفاء الحق منه جبراً بالحاكم والمفلس لا يمكن استيفاؤه منه، وأما الجواب عن قياسهم على الهبة فهو أنه لما لم يلحق الواهب ضرر بفلس من وهب له لم يستحق الرجوع عليه بفلسه ولما لحق البائع ضرر بفلس المشتري استحق الرجوع عليه بفلسه، وأما الجواب عن استدلالهم بعين البائع فهو أن عين البائع لما لم يتعلق حقه بعين لم ينصرف دينه إليها وليس كذلك البائع في عين ماله والله أعلم.

فصل: إذا ثبت أن للبائع الرجوع بعين ماله عند فلس المشتري فهو بالخيار بين الفسخ واسترجاعه للعين وبين الإمضاء وأن يكون بالثمن أسوة الغرماء وقال أبو عبيد بن حربويه من أصحابنا: إنما يكون البائع أحق بعين ماله ليستوفي حقه من ثمنه ويمنع الغرماء من مشاركته فيه كالرهن وإما أن يستحق الفسخ واسترجاع السلعة إلى ملكه فلا. وهذا الذي قاله أبو عبيد خطأ خالف به الإجماع، لأن الإجماع منعقد على قولين منهم من قال: لا حق له في عين ماله. ومنهم من قال: يستحق الفسخ والرجوع به. وقول أبي عبيد ثالث يخالفهما فكان مطرحاً هذا مع عموم قول النبي ﷺ «فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ». فإذا ثبت أن له الفسخ فهل يكون خيار الفسخ مستحقاً على الفور أو على التراخي؟ على وجهين:

أحدهما: أنه على الفور كالرد بالعيب فإن أخره مع الإمكان بطل خياره.

والثاني: أنه على التراخي ما لم يعزم الحاكم على بيع ماله كالقصاص الذي لا يكون على الفور بل على التراخي ثم لا يستحق الفسخ إلا بحكم حاكم، لأنه خيار مختلف فيه ثم اختلف أصحابنا بماذا يكون الفسخ؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يكون بصريح القول أو بالفعل كما نفسخ في خيار المجلس وخيار الثلاث بالقول والفعل.

والوجه الثاني: وهو أصح ـ أنه لا يصح الفسخ إلا بالقول الصريح دون الفعل بخلاف الفسخ في زمان الخيار لأن ملك المشتري في زمان الخيار غير مستقر فجاز أن يفسخ بالفعل وملك المفلس مستقر فلم يصح أن يفسخ إلا بالقول الصريح دون الفعل.

فصل: فأما ما إن كان عين مال البائع قد تعلق به في يد المشتري حق لغيره فلا يخلو من أحد أمرين:

إما أن يمنع من التصرف في الرقبة.

أو لا يمنع فإن لم يمنع من التصرف لم يمنع من استرجاع البائع له وذلك أن يكون المشتري قد أجره أو يكون عبداً قد زوجه فللبائع أن يرجع به بعد إجارته وتزويجه والإجازة

على حالها والأجرة للمشتري تقسم بين غرمائه دون البائع، لأن المشتري قد ملكها بعقد الإجارة وكذلك صداق الأمة المزوجة وإن كان الحق الذي تعلق به مانعاً من تصرف المشتري في رقبته مثل الرهن والكتابة والجناية منع البائع من استرجاعه وضرب مع الغرماء بثمنه فإذا رهنه المشتري كان المرتهن أولى بثمنه ولا حق لمانعه في استرجاعه، لأن البائع يقوم في استرجاعه مقام المشتري فلما كان المشتري ممنوعاً منه. فأولى أن يكون البائع ممنوعاً منه وكذلك لو كاتبه كتابة صحيحة لم يكن للبائع استرجاعه، لأن الكتابة قيد أزالت يد المشتري عنه فأولى أن يزيل يد البائع عنه وكذلك لو جنا جناية تعلق أرشها برقبته كان المجني عليه أولى بثمنه كالمرتهن ولا حق للبائع في استرجاعه. فلو فك من الرهن وعجز في الكتابة وأبرىء من الجناية فإن كان ذلك بعد أن ضرب بثمنه البائع من الغرماء فلا حق له في استرجاعه وإن كان قبل أن يضرب بالثمن مع الغرماء فهل له الفسخ واسترجاعه عين ماله أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا حق له في استرجاعه ويضرب مع الغرماء بثمنه، لأنه صار إلى حال زال عنه حكم الاسترجاع.

والوجه الثاني: له استرجاعه بالفسخ وأخذه بالثمن لقوله ﷺ: «فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِه» فلو كان المشتري قد باعه وكان البيع قد لزم بالافتراق وتقضى زمن الخيار منع البائع منه لزوال ملك المشتري عنه وإن كان البيع لم يلزم بعد لبقاء زمان خيار المجلس أو خيار الثلاث كان للبائع استرجاعه كما كان ذلك للمشتري الذي باعه فلو كان المشتري قد وهبه ولم يقبضه كان للبائع استرجاعه، لأن الهبة قبل القبض لا تلزم ولو كان قد أقبضه لم يسترجعه البائع فلو كان المشتري قد أقرضه وأقبضه كان للبائع استرجاعه من يد مقرضه كما كان المشتري بعد قرضه وإقباضه أن يسترجعه فلو كان المشتري قد أخرجه عن ملكه ببيع أو هبة ثم رجع إلى ملكه بابتياع أو هبة أو إرث فهل يستحق البائع استرجاعه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا حق له في استرجاعه، لأنه لما صار إلى حال لا يصح استرجاعه سقط حقه من الرجوع به.

والوجه الثاني: له استرجاعه لوجوده في ملك مبتاعه قبل دفع ثمنه، فلو كان المشتري قد باعه ثم ابتاعه بثمن لم يدفعه حتى فلس كان البائع الثاني أحق باسترجاعه من الأول فإن عفا البائع الثاني عن استرجاعه وضرب مع الغرماء بثمنه فهل يستحق البائع الأول استرجاعه أم لا؟ على الوجهين الماضيين. فلو كان المشتري قد باعه على ثالث ثم ابتاعه بثمن لم يدفعه

حتى فلس فحضر الباعة الثلاثة قبل قبض ثمنه كان البائع الثالث أحق باسترجاعه فإن عفا الثالث عنه: فهل للأول والثاني حق في استرجاعه أم لا؟ على ثلاثة أوجه:

أحدهما: أنه لا حق لواحد منهما في استرجاعه.

والثاني: يستحقه الثاني دون الأول لأنه أقرب.

والثالث: أنهما يسترجعانه بينهما نصفين فيأخذ كل واحد منهما نصفه بنصف الثمن ويضرب مع الغرماء بالنصف الباقي من الثمن.

فصل: فلو كان المبيع شقصاً فاستحقت فيه الشفعة وفلس المشتري ثم حضر البائع والشفيع وتنازعا في أخذ الشقص فاختلف فيه أصحابنا أيهما أحق بأخذه؟ على وجهين:

أحدهما: أن البائع أحق به من الشفيع لأن ما يدخل عليه من الضرر أكثر مما يدخل على الشفيع.

والوجه الثاني: ـ وهو أصح ـ أن الشفيع أولى به لأمرين:

أحدهما: أنه استحق الشفعة بالبيع المتقدم والبائع استحق الاسترجاع بالفلس الحادث فكان الشفيع أولى لتقدم حقه.

والثاني: أنه لما كان المشتري لو باع الشقص كان الشفيع أولى بأخذه فأولى إذا أفلس أن يكون أحق بأخذه فعلى هذا إذا أخذ الشفيع الشقص بالشفعة. فهل يقدم البائع بثمنه أو يكون أسوة الغرماء فيه؟ على وجهين:

أحدهما: أن البائع يقدم بثمنه على جميع الغرماء كما كان مقدماً باسترجاعه على جميع الغرماء.

والوجه الثاني: أن البائع أسوة جميع الغرماء في ثمنه لفوات العين وأن ما دفع الشفيع من الثمن في حكم مشتر لو اشتراه فدفع الثمن كان جميع الغرماء فيه أسوة فكذلك ما دفع الشفيع من الثمن يجب أن يكون جميع الغرماء فيه أسوة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيُقَالُ لِمَنْ قَبِلَ الْحَدِيثَ فِي الْمُفْلِسِ فِي الْحَيَاةِ دُونَ الْمَوْتِ قَدْ حَكَمَ النَّبِيُّ ﷺ بِالشُّفْعَةِ عَلَى الْحَيِّ فَحَكَمْتُمْ بِهَا عَلَى وَرَثَتِهِ فَكَيْفَ لَمْ تَحْكُمُوا فِي الْمُفْلِسِ فِي مَوْتِهِ عَلَى وَرَثَتِهِ كَمَا حَكَمْتُمْ عَلَيْهِ فِي حَيَاتِهِ فَقَدْ جَعَلْتُمْ لِلْوَرَثَةِ أَكْثَرَ مِمَّا لِلْمُوَرِّثِ الَّذِي عَنْهُ مَلَكُوا وَأَكْثَرُ حَالِ الْوَارِثِ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ إِلَّا مَا لِلْمَيِّتِ».

قال الماوردي: اعلم أن موت المشتري قبل دفع الثمن مع بقاء السلعة معه لا يخلو من أحد أمرين:

إما أن يموت مفلساً.

أو موسراً فإن مات موسراً: كان البائع أسوة الغرماء ولا حق له في استرجاع ما باع، هذا مذهب الشافعي ـ رحمه الله ـ وجمهور أصحابه، وقال أبو سعيد الأصطخري: من يتهم أن للبائع استرجاع ماله بموت المشتري موسراً كما له استرجاعه بموت المشتري مفلساً لقول النبي ﷺ: «أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ» قال ولأنه لما رجع بعين ماله بإفلاس المشتري لخراب الذمة بالإفلاس كان رجوعه بعين ماله بموت المشتري أولى لتلف ذمته بالموت. وهذا خطأ، لأن رجوع البائع بعين ماله لما لم يلحقه من الضرر بقبض الثمن ـ وهذا المعنى موجود في المفلس الحي ومعدوم في الموسر الميت ـ فلا وجه للجمع بينهما في افتراق المعنى فيهما ويكون معنى قوله: «أيما رجل مات أو أفلس» بمعنى: مات مفلساً أو أفلس حياً، وتلف الذمة بالموت ليس يمنع عن وصول البائع إلى حقه وخرابها بالفلس في الحياة يمنعه من وصوله إلى حقه فلم يكن للاستدلال بهذا وجه.

فصل: وإذا مات المشتري مفلساً فللبائع استرجاع ماله، وقال مالك: قد سقط بموت المشتري رجوع البائع بعين ماله فلا حق له فيه ويضرب مع الغرماء بثمنه. استدلالاً بروايته عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أن النبي ﷺ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئاً فَوَجَدَهُ بِعَيْنِه فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ فَإِنْ مَاتَ الْمُشْتَرِي فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ» وهذا نص، قال: ولأن المبيع بعد الموت قد صار ملكاً لوارثه فلم يجز أن ينتزع منه بفلس غيره كما لا يجوز أن ينتزع ممن انتقل إليه ببيع أو غيره قال:

ولأن ديون الميت قد انتقلت بالموت من ذمته إلى عين تركته، فاستوى البائع وجميع الغرماء في تعلق حقوقهم بأعيان تركته والدليل على ما قلناه قول النبي ﷺ: «أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ». ولأنه لما استحق بفلس الحي أن يرجع بعين ماله مع بقاء ذمته فرجوعه بفلس الميت أولى ذمته ولأن كل حق تعلق بالعين لم يبطل بالموت مع بقاء العين كالرهن إذا مات راهنه والعبد الجاني إذا مات سيده، وأيضاً مما استدل به الشافعي: من أن أقوى أحوال الوارث أن يكون مثل موروثه فلما لم يكن للمفلس أن يمنع البائع من الرجوع بعين ماله فوارثه أولى أن لا يكون له منع البائع من الرجوع بعين ماله. اعترض المزني على هذا الاستدلال فقال: قد قال الشافعي في الحبس: إذا هلك أهله رجع إلى أقرب الناس بالمحبس. قد جعل الأقرب بالمحبس في حياته ما لم يجعل للمحبس

يريد: أن الرجل إذا وقف على أولاده فهلكوا في حياته كان الوقف راجعاً إلى أقرب الناس بالواقف. ولا يرجع إلى الواقف لكن روى المزني: أنه يرجع إلى أقربهم فظاهر هذا استواء الأغنياء فيه والفقراء. وروى حرملة: أنه يرجع إلى الفقراء من قرابته. وليس ذلك على قولين كما وهم بعض أصحابنا فيه وأما الإطلاق في رواية المزني محمول على المقيد في رواية حرملة قال المزني: قد جعل لورثته ما لم يجعل له في حياته. فأجاب أصحابنا عن ذلك بجوابين:

أحدهما: وهو جواب أبي إسحاق المروزي: أن الواقف أخرج الوقف لله فلم يجز أن يعود إليه لهذا المعنى وهذا معدوم في قرابته.

والجواب الثاني: وهو جواب أبي علي بن أبي هريرة: أن رجوع الوقف إلى قرابة الواقف ليس بالإرث لأن الحي لا يورث، ولأن الواقف لو ترك بنت بنت وعما رجع الوقف إلى بنت البنت وإن لم تكون وارثة لأنها أقرب ولم يرجع إلى العم وإن كان وارثاً لأنه أبعد فإذا لم يرجع الوقف إليهم بالإرث لم يقوموا فيه مقامه فجاز أن يكون أقوى منه ومال المفلس إنما صار إلى ورثته بالموت فلم يجز أن يكونوا فيه أقوى منه فأما الجواب عما استدل به مالك من الخبر فهو أنه مرسل والاحتجاج به لا يلزم، ولو التزمناه لكان محمولاً على أحد وجهين:

إما أن يحمل على من مات موسراً.

وإما أن يحمل على البائع إذا لم يرد الرجوع بعين ماله، وأما الجواب عن قولهم أنه قد انتقل بالموت إلى ملك وارثه فهو أن الملك انتقل بالموت إلى ملك الوارث على الوجه الذي كان على ملك المورث، ألا ترى أنه لو مات عن شقص قد استحق بالشفعة كان الشقص منتقلاًإلى الوارث مع ما قد تعلق به من استحقاق الشفعة كذلك مال المفلس قد انتقل إلى الوارث بما قد تعلق به من حق الاسترجاع، وأما الجواب عن قولهم أن ديون الميت قد انتقلت بتلف الذمة إلى عين ماله فاستوى البائع وجميع الغرماء: فهو أن هذا غير صحيح، لأنه لو تعلقت حقوقهم بعين ماله لما جاز للورثة أن يفضوا ديونهم من أموالهم على أننا لو سلمنا هذا لكانت متعلقة بما سوى الأعيان التي بيعت عليه لتعلق حقوق بائعها بها.

فصل: فإذا ثبت لكل من وجد عين ماله أن يرجع به على المفلس حياً وميتاً. فلا يخلو حال الميت مفلساً من أحد أمرين:

إما أن يكون بعد وقوع الحجر عليه بالفلس.

أو يكون قبل وقوع الحجر عليه بالفلس فإن كان موته بعد أن حجر الحاكم عليه بالفلس فالمقصود بالحجر عليه شيئين:

أحدهما: حفظ ماله على غرمائه ليصلوا إلى حقوقهم منه.

والثاني: رد الأعيان إلى بائعها إذا لم يقضوا أثمانها وإن مات قبل حجر الحاكم عليه لم يجز أن يوقع الحجر حجر المفلس على ماله بعد الموت إلا أن يكون عاجزاً عن قدر الدين فإن كان فيه وفاء بالدين سقط حجر المفلس عنه وجهاً واحداً وإن كان في الحي على وجهين، لأن الحي يخاف تبذيره فجاز الحجر عليه مع الوفاء وقد أمن ذلك في حال الميت، لأن الورثة ممنوعون من التصرف بكل حال في تركة الميت إلا بعد قضاء دينه فلم يجز إيقاع حجر المفلس على ماله مع وجود الوفاء ثم المقصود بهذا الحجر عند عجز المال رد الأعيان على بائعها إذا لم يقبض أثمانها فأما حفظ التركة على الغرماء فذلك مستحق مع وجود الفلس وعدمه والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ أَجْعَلُ لِلْغُرَمَاءِ مَنْعَهُ بِدَفْعِ الثَّمَنِ وَلاَ لِوَرَثَةِ الْمَيِّتِ وَقَدْ جَعَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ أَحَقُّ بِهِ مِنْهُمْ (قال المزني) قُلْتُ أَنَا وَقَالَ فِي الْمَحْبَسِ إِذَا هَلَكَ أَهْلُهُ رَجَعَ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَى الْمَحْبَسِ فَقَدْ جَعَلَ لأَقْرَبِ النَّاسِ بِالْمَحْبَسِ فِي حَيَاتِهِ مَا لَمْ يَجْعَلْ لِلْمَحْبَسِ وَهَذَا عِنْدِي غَيْرُ جَائِزٍ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا كان عين مال البائع زائد القيمة على ثمنه فبذل له غرماء المفلس جميع الثمن وافياً ليبيعوا السلعة مع زيادتها لم يلزمه ذلك وكان أحق بعين ماله وكذلك ورثة الميت إذا بذلوا له الثمن موفراً من أموالهم، وقال مالك: إذا بذل الغرماء للبائع ثمن سلعته سقط حقه من الرجوع بها استدلالاً بأن رجوعه بعين ماله إنما كان لإزالة الضرر عنه بما يدخل عليه من النقص من مشاركة الغرماء ولذلك لم يكن له الرجوع بعين ماله في غير المفلس لفقد هذا المعنى فإذا بذل له الغرماء الثمن موفراً زال عنه الضرر فسقط حقه من الرجوع كما سقط في غير المفلس، ولأن تعلق حق المرتهن بالرهن أقوى من تعلق حق البائع بالعين، لأنهما إذا اجتمعا قدم المرتهن على البائع فلما ثبت أن الغرماء لو بذلوا للمرتهن دينه سقط حقه من الرهن وجب إذا بذلوا للبائع الثمن أن يسقط حقه من العين، ولأن للمؤجر أن يفسخ الإجارة بفلس المستأجر كما للبائع أن يفسخ البيع بفلس المشتري فلما كان الغرماء لو بذلوا للمؤجر الأجرة سقط حقه من الفسخ وجب إذا بذلوا للبائع الثمن أن يسقط حقه من الفسخ، ودليلنا: عموم قوله ﷺ «فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ». ولأن حدوث العيب في ذمة المشتري كوجود العيب في المبيع فلما كان بذل البائع أرش العيب لا يمنع المشتري من الرد وجب أن يكون بذل الغرماء الثمن لا يمنع البائع من استرجاع العين، ولأن حق البائع في استرجاع العين كحق الشفيع في انتزاع الشقص بالشفعة فلما كان بذل الغرماء

الثمن للشفيع لا يسقط حقه من الشفعة كان بـذل الغـرمـاء الثمن للبـائـع لا يسقط حقـه من استرجاع العين، ولأن المال المبذول للبائع لا يخلو من أحد أمرين:

إما أن يكون للمفلس.

أو للغرماء فإن كان للمفلس لم يجز بذله لأنه لا يجوز أن يخص بعض الغرمـاء بالتـوفير عليه دون بعض وأن البائع لا يأمن ظهور غريم لم يرض وإن كان المبذول من مال الغـرماء لم يجبر على قبوله لأنه لا معاملة بينه وبينهم، فأما الجواب عن استدلالـه بزوال الضـرر عنه فمن وجهين:

أحدهما: فساده ببذل أرش العيب.

والثاني: أن الضرر لم يزل لجواز حدوث غريم لم يرض، وأما الجـواب عن استدلالـه بالرهن فهـو أن تعلق حق المرتهن بـالرهن على سبيـل الاستيثاق لا على سبيـل التمليك فـإذا وصل إلى حقه من غير الرهن فقد حصل لـه الاستيثاق بـه وليس كذلـك البائـع لأن تعلق حقه بعين ماله على وجه التمليك له فلم يسقط ببذل الثمن ألا ترى أن المرتهن ليس له أخذ الرهن بحقـه وللبائـع أخذ العين بحقـه وأما الجـواب عن استدلالـه بالإجـارة: فهو أنـه متى لم يكن الشيء المستأجر مشغولاً بزرع للمفلس فللمؤجر فسخ الإجارة ولا يلزمه الإمساك ببذل الأجرة وإن كان مشغولاً بـزرعه واتفق الغـرماء على بـذل تسليم الأجرة فللمؤجـر الفسخ وأخـذ أجرة المثل ولا يسترجع الأرض قبل حصاد الزرع فقد فسخ الإجارة وإن لم يسترجـع الأرض وإنما لم يجز أن يسترجعها إذا بذل له ثمن مثلها وجاز للبائع استرجاع العين وإن بذل لـه ثمن مثلها أن بذل الأجرة من استصلاح مال المفلس فيقع لازماً لا خيـار فيه لمن غـاب من الغرمـاء كما يبذل من ماله أجور حفاظه وليس كذلك بذل ثمن المبيع لأنـه لا يقع لازمـاً ولا فيه استصـلاح لباقي ماله. والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِنْ تَغَيَّرَت السِّلْعَةُ بِنَقْصٍ فِي بَدَنِهَا بِعَوَرٍ أَوْ غَيْـرِهِ أَوْ زَادَتْ فَسَوَاءٌ إِنْ شَاءَ أَخَـذَهَا بِجَمِيـعِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَـرَكَهَا كَمَـا تُنْقَصُ الشُّفْعَةُ بِهَـدْمٍ مِنَ السَّمَاءِ إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهَا».

قال الماوردي: وهذا فصل يجب تفصيله. وجملة ذلـك أن السلعة المبيعـة إذا تغيرت في يد المشتري لم يخل من أحد أمرين إما أن تتغير بنقص أو بزيـادة فإن كـان تغيرهـا بنقص فالنقص ضربان:

أحدهما: أن يكون نقصها متميزاً.

والثاني: أن يكون نقصها غير مميز فإن كان النقص مميزاً ولم يكن تبعاً لما بقي كعبدين مات أحدهما أو ثوبين تلف أحدهما فللبائع أن يرجع بالباقي منهما بحسابه من الثمن وقسطه لأن الثمن كان مقسطاً عليهما ويضرب مع الغرماء بحصة التالف منهما ويكون الثمن مقسطاً على قيمتهما، لأنهما مختلفان إلا أن يكون ذلك مماثل الأجزاء مثل: قفيزين من طعام يتلف أحدهما ويبقى الآخر فيأخذ الباقي منهما بنصف الثمن ليقسط ذلك على أجزائهما ويضرب مع الغرماء بالنصف الباقي من الثمن وسواء كان التالف منهما باستهلاك منه أم لا فإن قيل فهلا كان فيما يأخذ الباقي به قولان:

أحدهما: بجميع الثمن.

والثاني: بحسابه كما لو تلف حين العقد كان فيما يأخذه المشتري به قولان؟ قيل قد كان بعض أصحابنا يغلط فيفعل ذلك ويخرجه على قولين وامتنع جمهور أصحابنا والمحققون منهم أن يخرجوه على قولين وفرقوا بينهما بأن أوائل العقود تؤكد بما لا يؤكد به أواخرها فدعت الضرورة في تفريق الصفقة ليأكد العقد في أوله أن يجعل الباقي بينهما بجميع الثمن على أحد قولين حتى لا يوقع جهالة في الثمن فبطل العقد وليس كذلك في استرجاع البائع له بفلس المشتري لأنه لم يستأنف عقداً تقع الجهالة في ثمنه، فهذا حكم النقص إذا تميز وانفصل.

فصل: وإن كان النقص غير متميز فهو على ضربين:

ضرب يمكن إفراده، وضرب لا يمكن إفراده بالعقد فإن كان مما لا يمكن إفراده بالعقد مثل عور العبد أو ذهاب يده أو هزاله بعد سمنه لم يخل ذلك من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون ذلك بحادث من السماء.

والثاني: أن يكون بجناية المشتري.

والثالث: أن تكون بجناية أجنبي فإن كان هذا النقص بحادث من السماء فللبائع أن يأخذه ناقصاً بجميع ثمنه ولا يرجع على المفلس المشتري بأرش نقصه لأن المشتري ضمنه بثمنه ومن ضمن الشيء بثمنه لم يضمن أرش نقصه عند استحقاق العين من يده كالبائع لما ضمن المبيع للمشتري بثمنه دون قيمته لم يضمن أرش ما حدث من نقصه في يده وكان ذلك مخالفاً للغاصب، لأن الغاصب لما كان ضامناً للشيء المغصوب قيمته دون ثمنه ضمن أرش ما حدث من النقص في يده وإن كان هذا النقص بجناية أجنبي فأرشها مضمون عليه بجنايته فيكون للبائع أن يأخذه ناقصاً بالثمن ويرجع بأرش النقص لأنه مضمون على جنايته ألا ترى أنه لو كان في يد بائعه فجنى عليه أجنبي أخذه المشتري بثمنه وأخذ أرش نقصه وإذا

وجب للبائع . ـ إذ استرجع العبد بثمنه ـ أن يرجع بأرش نقصه نظر في الأرش فإن كان باقياً على الجاني لم يأخذه المشتري كان للبائع أن يختص بأخذه ولا يشارك الغرماء فيه لأنه بدل من عين الذي تفرد باسترجاعها فإن كان الأرش قد أخذه المشتري واستهلكه ضرب البائع بقدر الأرش مع الغرماء ولم يتقدم به عليهم لأنه بدل عن مستهلكه غير موجود وإن كان هذا النقص بجناية المشتري ففيها وجهان: ذكرناهما في البيوع إذا جنى البائع على ما في يده من المبيع .

أحدالوجهين: أنَّ أرش جنايته غيرمضمون عليه ـ كحادث من السماء ـ فعلى هذا للبائع أن يسترجعه ناقصاً بكل الثمن إن شاء ولا أرش له .

والوجه الثاني: أن أرش جنايته مضمون عليه كجناية الأجنبي فعلى هذا للبائع أن يسترجعه ناقصاً بكل الثمن وضرب مع الغرماء بأرش النقص فهذا حكم النقص المتصل إذا لم يمكن إفراده بالعقد .

فصل: وإن كان النقص المتصل مما يمكن إفراده بالعقد كدار انهدمت أو بعضها أو كأرض غرق شيء منها فروى المزني وحرملة : أن البائع يأخذ المبيع ناقصاً بكل الثمن وروى الربيع ، والبويطي ، والزعفراني في القديم في الشفعة : إن الشفيع يأخذ ذلك ناقصاً بحسابه من الثمن فاختلف أصحابنا في الشفعة والفلس على أربعة طرق :

فمنهم من خرج مسألة المفلس والشفعة على قولين لاختلاف الروايتين . وهذه طريقة أبي الطيب بن سلمة وأبي حفص بن الوكيل .

أحد القولين: ان للبائع والشفيع أن يأخذاه ناقصاً بكل الثمن لأن النقص تابع فأشبه العور وذهاب اليد .

والقول الثاني: انَّ للبائع والشفيع أن يأخذاه ناقصاً بحسابه من الثمن ، لأن النقص لما صح إفراده بالعقد جرى مجرى العبدين والثوبين إذا تلف أحدهما .

والطريقة الثانية: وهي طريقة طائفة من البصريين : أن في الفلس يرجع البائع به ناقصاً بجميع الثمن إن شاء على ظاهر نصه في رواية المزني وحرملة وفي الشفعة إذا أخذها الشفيع ناقصاً على قولين على حسب اختلاف الروايتين .

والطريقة الثالثة: وهي طريقة أبي العباس بن سريج : أن في الفلس يأخذه البائع ناقصاً بجميع الثمن كما نقله المزني وحرملة وفي الشفعة يأخذه الشفيع ناقصاً بحسابه من الثمن وقسطه كما نقله الربيع والبويطي ونسب المزني إلى الخطأ حين نقل في الفلس وكذلك

الشفعة وكان من فرقه بين الفلس والشفعة أن الشفيع في الشفعة يحل محل المشتري فلما كان المشتري قد لزمه الثمن في مقابلة جميع المبيع لم يجز أن يلتزم الشفيع الثمن كله في مقابلة بعض المبيع والبائع في الفلس لا يحل محل المشتري وإنما يقطع العقد المتقدم لما لحقه من الضرر المستحدث فلذلك زال بقطع العقد جميع الثمن.

والطريقة الرابعة: وهي طريقة أبي إسحاق المروزي: أن اختلاف الروايتين محمول على اختلاف حالين فرواية المزني وحرملة أنه مأخوذ بكل الثمن في الشفعة والفلس إذا كانت الآلة بعد الهدم باقية لأن النقص آثار غير متميزة كالعور والهزال ورواية الربيع والبويطي أنه مأخوذ بحسابه وقسطه من الثمن في الشفعة والفلس إذا كانت الآلة بعد الهدم تالفة لأنه نقص مميز وقد تلف بعض التميز أتلف بعض المبيع كموت أحد العبدين وتلف أحد الثوبين.

فصل: فأما إذا كان المبيع قد زاد فالزيادة ضربان متميزة وغير متميزة فإن كانت الزيادة متميزة كالنتاج والثمرة فهي للمشتري وللبائع أن يرجع بالأصل دون الزيادة لأن من حكم الزيادة المتميزة أن تتبع الملك دون المالك ألا ترى أن رد الأصل بالعيب لا يوجب رد زيادته المتميزة كذلك في الفلس فإن كانت الزيادة غير مميزة كالطول والسمن فللبائع أن يرجع بالأصل زائداً لأن الزيادة المتصلة من حكمهما أن تتبع الملك دون المالك ألا ترى أن رد الأصل بالعيب يوجب رد زيادته المتصلة به، فإن قيل: أليس الصداق إذا زاد زيادة متصلة غير متميزة منع الزوج إذا طلق قبل الدخول أن يرجع بنصف الصداق زائداً ورجع بنصف القيمة لحدوث الزيادة المتصلة على ملك الزوجة فهلا كان في الفلس كذلك؟ قيل: قد كان أبو العباس بن سريج يسوي بين الموضعين ويقول: إنما رجع البائع بعين ماله زائداً في الفلس لتعذر البذل عليه وإعوازه بالفلس والزوج لما لم يتعذر عليه الرجوع ببذل الصداق لم يرجع بنصف الصداق زائداً ولو تعذر بذل الصداق من جهتها بحدوث فلسها كان له أن يرجع بنصف الصداق زائداً فاستوى الحكم فيهما مع اليسار في العدول عن العين في الفلس في الرجوع بزيادة العين. وفرق سائر أصحابنا بين الموضعين، فكان أبو إسحاق المروزي يفرق بين الفلس والصداق: بأن الصداق لما كان لو تلف رجع الزوج إلى قيمته التي لا تزيد على الصداق ولم يجز أن يرجع مع البقاء بزيادة الصداق ولما كان المبيع لو تلف رجع الزوج إلى قيمته التي لا تزيد على الصداق ولم يجز أن يرجع مع البقاء بزيادة الصداق ولما كان المبيع لو تلف رجع البائع بالثمن الذي قد يزيد على قيمة المبيع كان له أن يرجع مع البقاء بزيادة المبيع. وكان أبو علي بن أبي هريرة يفرق بينهما بفرق ثاني فيقول: إنما لم يرجع الزوج بزيادة الصداق لأنه لم يكن له حق قبل الطلاق ولا تعلق بالصداق وإنما استحدث الحق بالطلاق بعد حدوث الزيادة فلم يكن له حق في الزيادة، وفي الفلس لما كان حق البائع

متقدماً على الفلس وكان له تعلق بالمبيع قبل الزيادة جاز أن يرجع بالمبيع بعد حدوث الزيادة وكان أبو الفياض البصري يفرق بينهما بفرق ثالث فيقول: لما كان سبب استحقاق الصداق من جهة الزوج بطلاقه صار متهماً بالطمع في الزيادة فكذلك لم يكن له الرجوع بالصداق مع حدوث الزيادة ولما كان سبب استحقاق البائع عين ماله من جهة المشتري بفلسه انتفت التهمة عن البائع بالطمع في الزيادة فكان له الرجوع بعين ماله مع حدوث الزيادة. وكان أبو حامد الأسفراييني يفرق بينهما بفرق رابع فيقول: لما كان للبائع أن يعدل عن عين ماله إذا كان موجوداً إلى الثمن وإن كان أضعاف القيمة كان له أن يأخذ عين ماله مع حدوث الزيادة ولما لم يكن للزوج أن يعدل عن الصداق إذا كان موجوداً لم يكن له فيه حق إذا كان زائداً. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ بَاعَهُ نَخْلاً فِيهِ ثَمْرٌ أَوْ طَلْعٌ قَدْ أُبِرَ وَاسْتَثْنَاهُ الْمُشْتَرِي وَقَبَضَهَا وَأَكَلَ الثَّمَرَ أَوْ أَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ ثُمَّ فَلَسَ أَوْ مَاتَ فَإِنَّهُ يَأْخُذُ عَيْنَ مَالِهِ وَيَكُونُ أُسْوَةَ الْغُرَمَاءِ فِي حِصَّةِ الثَّمَرِ يَوْمَ قَبْضِهِ لاَ يَوْمَ أَكْلِهِ وَلاَ يَوْمَ أَصَابَتْهُ الْجَائِحَةُ».

قال الماوردي: وصورتها أن يبتاع النخل مع الثمرة ثم فلس وقد بقيت النخل وتلفت الثمرة فلا تخلو الثمرة وقت العقد من أحد أمرين:

إما أن تكون مؤبرة.

أو غير مؤبرة فإن كانت مؤبرة لم تدخل في العقد إلا بالشرط فيصير العقد قد تضمن شيئين مقصودين به فإذا أفلس المشتري بعد استهلاك الثمر كان للبائع أن يأخذ النخل بحصتها من الثمن سواء تلفت الثمرة باستهلاك المشتري أو بجائحة من السماء كما لو تلف أحد العبدين كان للبائع أخذ الباقي بحصته من الثمن سواء كان تلف التالف بحادث سماء أو جناية آدمي، لأن كل واحد منهما مقصود بالعقد وإن كانت الثمرة وقت العقد غير مؤبرة فدخولها في العقد على وجه التبع لا بالشرط فعلى هذا لا يخلو تلفها من أحد أمرين إما أن يكون بجائحة من سماء أو بجناية باستهلاك آدمي فإن كان تلفها باستهلاك آدمي فللبائع أن يأخذ النخل بحسابه من الثمن وقسطه سواء كان استهلكها المشتري أو أجنبي لأن المشتري إذا استهلكها فقد صارت مضمونة عليه، وإذا استهلكها غيره فقد استحق عليه بدلها فصارت في الحالين مضمونة عليه بقسطها من الثمن فيضرب به البائع مع الغرماء، وإن كان تلفها بجائحة من السماء ففيه وجهان:

أحدهما: أن للبائع أن يأخذ النخل إن شاء بجميع الثمن لأن الثمرة هاهنا تبع ولم يصل المشتري إلى شيء منها فلم يلزمه غرمها.

والوجه الثاني: أن للبائع أن يأخذ النخل بحسابه من الثمن وقسطه، لأن الثمرة التالفة مما يمكن إفرادها بالعقد وإن كانت تبعاً.

فصل: فإذا تقرر أن البائع يأخذ النخل بحسابه من الثمن فاعتبار ذلك أن تقوم النخل مع الثمرة في أقل الحالين قيمة من وقت العقد إلى وقت القبض؛ لأنه إن كانت قيمته وقت العقد أقل فما حدث بعد العقد من الزيادة فهو بحادث في ملك المشتري فلم يجز أن يقوم في حق البائع وإن كانت قيمته وقت العقد أكثر فنقصه مضمون على البائع وما كان من ضمانه لم يجز أن يقوم على غيره فلذلك ما وجب أن يعتبر فيه أقل القيمتين من وقت العقد إلى وقت القبض فالشافعي وإن أطلق القول في أن اعتبار قيمته وقت القبض فإن مراده: أن يقوم وقت القبض إذا كانت قيمته فيه أقل وإن كانت أكثر وجب أن تقوم وقت العقد فتقوم النخل مع الثمرة فإذا قبل قيمتها ألف درهم قومت النخل، فإذا قيل قيمتها تسعمائة درهم كان قسط الثمرة عشر القيمة فيضرب البائع مع الغرماء بعشر الثمن فإن كان الثمن ألفاً فعشرها مائة درهم وهو القدر الذي يستحقه فيضرب بها مع الغرماء وإن كان الثمن ألفاً وخمسمائة فعشرها مائة وخمسون وهو القدر الذي يستحقه فيضرب بها مع الغرماء والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ بَاعَهَا مَعَ ثَمَر فِيهَا قَدِ اخْضَرَّ ثُمَّ فلس والتَّمَرُ رُطَبٌ أَوْ تَمْرٌ».

قال الماوردي: وهذا مما قد دخل في التقسيم وقد تقدم الجواب عنه: وهو أن يبيعه نخلاً مع ثمرة والثمرة بلح أو خلال أخضر وفلس المشتري وقد صارت الثمرة رطباً أو تمراً فللبائع أن يرجع بالنخل مع الثمرة، لأن الزيادة في الثمرة غير متميزة فصارت تبعاً للملك فإذا رجع البائع بعين ماله لم تنفصل الزيادة عنه ورجع به زائداً وهكذا لو باعه فسيلاً فصار الفسيل نخلاً رجع بها نخلاً زائداً وكذلك أشباه ذلك.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أَوْ بَاعَهُ زَرْعاً مَعَ أَرْضٍ خَرَجَ أَوْ لَمْ يَخْرُجْ ثُمَّ أَصَابَهُ مُدْرَكاً أَخْذَهُ كُلَّهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال وجملة حال الأرض المزروعة إذا بيعت مع زرعها أنه لا يخلو حال الزرع الذي فيها من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون بذراً.

والثاني: أن يكون بقلاً.

والثالث: أن يكون سنبلاً فإن كان الزرع بذراً مدفوناً لم يظهر بعد فإن جهلا جنسه

وقدره بطل البيع في البذر، وهل يبطل في الأرض أم لا؟ على قولين: من تفريق الصفقة ومن أصحابنا من أبطله قولاً واحداً للجهالة بثمن البذر وإن كان البذر معلوم الجنس والقدر لم يجز بيعه مفرداً وفي جواز بيعه مع الأرض وجهان:

أحدهما: وهو ظاهر قوله هاهنا ـ جوازه خرج أو لم يخرج ووجهه أن ما كان تبعاً لمعلوم لم تضر الجهالة به كأساس البناء واللبن في الضرع.

والوجه الثاني: ـ وهو ظاهر نصه في كتاب الأم ـ أن بيعه باطل، لأنه وإن كان تبعاً فهو مقصود بخلاف الأساس واللبن فإنه لا يدخل في البيع إلا بشرط وتأول من ذهب إلى هذا الوجه قول الشافعي: «خرج أو لم يخرج» لمعنى خرج سنبله أو لم يخرج سنبله ـ فعلى هذا في بطلان البيع قولان ومن أصحابنا من قال: يكون باطلاً قولاً واحداً، وإن كان الزرع بقلاً أو قصيلاً فبيعه مفرداً يجوز بشرط القطع ومع الأرض من غير اشتراط القطع لأنه يصير تبعاً لغيره كما يجوز بيع الثمرة على رؤوس نخلها قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع وإن كان الزرع سنبلاً مشتداً فلا يخلو من أحد أمرين:

إما أن يكون حبه بارزاً لإكمام عليه كالشعير.

وإما أن يكون مستجناً بكمام كالحنطة فإن كان بارزاً بغير كمام جاز بيعه مفرداً وجاز بيعه مع الأرض وإن كان مستجناً بكمام ففي جواز بيعه مفرداً قولان:

أحدهما: إنَّ بيعه منفرداً جائز فعلى هذا إذا بيع مع الأرض فأولى أن يكون جائزاً.

والقول الثاني: أنَّ بيعه منفرداً باطل فعلى هذا في بيعه مع الأرض وجهان:

أحدهما: يجوز لكونه تبعاً.

والثاني: لا يجوز لأنه مقصود وإن كان تبعاً فعلى هذا يكون في بيع الأرض قولان من تفريق الصفقة ومن أصحابنا من أبطل بيع الأرض قولاً واحداً.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا من بيع الأرض مع زرعها وقلنا بجواز بيعها فإن كان الزرع بذراً نظر حاله عند فلس المشتري فإن كان بذراً أيضاً لم ينبت فللبائع أن يرجع بالأرض مع بذرها وإن كان البذر قد نبت وصار بقلاً أو قصيلاً رجع بالأرض وفي رجوعه بالزرع وجهان:

أحدهما: لا يرجع بالزرع لأنه غير البذر فصار البذر المبيع غير موجود العين فيرجع بالأرض ويضرب مع الغرماء بما قابل البذر ـ وعلى هذا الوجه لو باعه بيضاً فحضنه حتى صار فراخاً لم يرجع البائع بالفراخ وضرب مع الغرماء بثمن البيض.

والوجه الثاني: أنه يرجع بالزرع بعد نباته، لأن نبات الزرع هو من عين البذر ولذلك قلنا أن من غصب بذراً فزرعه كان الزرع بعد نباته للمغصوب منه لأنه من عين بذره وكذلك لو غصب بيضاً فحضنه حتى صار فراخاً كانت الفراخ للمغصوب منه وعلى هذا الوجه لبائع البيض إذا صار فراخاً أن يرجع به، وإن كان الزرع حين بيع مع الأرض بقلاً نظر حاله عند فلس المشتري فإن كان قصيلاً أو سنبلاً غير منعقد كان للبائع أن يرجع به مع الأرض وإن كان سنبلاً مشتداً ففي رجوع البائع به مع الأرض وجهان على ما مضى وإن كان الزرع حين بيع مع الأرض سنبلاً مشتداً فللبائع أن يرجع به مع الأرض سواء كان الحب باقياً في سنبله أو قد صفى وأخرج منه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ بَاعَهُ حَائِطاً لاَ ثَمَرَ فِيهِ أَوْ أَرْضاً لاَ زَرْعَ فِيهَا ثُمَّ فَلَسَ الْمُشْتَرِي فَإِنْ كَانَ النَّخْلُ قَدْ أُبِّرَ وَالأَرْضُ قَدْ زُرِعَتْ كَانَ لَهُ الْخِيَارُ فِي النَّخْلِ وَالأَرْضِ وَتُبَقَى الثِّمَارُ إِلَى الْجِدَادِ وَالزَّرْعُ إِلَى الْحَصَادِ إِنْ أَرَادَ الْغُرَمَاءُ تَأْخِيرَ ذَلِكَ وَإِنْ شَاءَ ضَرَبَ مَعَ الْغُرَمَاءِ».

قال الماوردي: أما إذا كان المبيع أرضاً بيضاء لا زرع فيها فزرعها المشتري ثم أفلس والزرع بقل أخضر فلا حق فيه للبائع لأن الزرع مودع في الأرض لتكامل منفعته فصار منفصلاً عن البيع فلم يكن للبائع أن يرجع به ويرجع بالأرض وحدها التي هي عين ماله وعليه إذا رجع بالأرض أن يقر الزرع فيها إلى وقت حصاده إذا شاء ذلك المفلس والغرماء؛ لأن زرعها كان بحق فلم يجز أن يقطع ولزم أن يقره ثم لا أجرة للبائع في ترك الزرع في أرضه إلى وقت حصاده، لأنه قد كان يملك المنفعة حين زرع على غير بدل ولأنه لو كان قد أجرها مدة ثم استرجعها البائع بفلسه كانت الإجارة لازمة للبائع إلى انقضاء المدة في الإجارة والأجرة ملك للمفلس المشتري دون البائع لأنه قد كان مالكاً لمنافعها حين أجر فكذلك فيما زرع.

فصل: فأما إن كان المبيع نخلاً لا ثمر عليه ففلس المشتري وقد أثمرت النخل فلا يخلو حال الثمرة عند فلس المشتري من أحد أمرين:

إما أن تكون مؤبرة، أو غير مؤبرة فإن كانت الثمرة مؤبرة فهي للمشتري تقسم بين غرمائه ويرجع البائع بالنخل دون الثمرة، لأن الثمرة زيادة متميزة وعلى البائع ترك الثمرة على نخله إلى أوان الجذاذ ولا أجرة له في تركها كما قلنا في الزرع وعليه التمكين من سقيها وكذلك سقي الزرع. وإن كانت الثمرة عند فلس المشتري غير مؤبرة ففيها قولان:

أحدهما: رواه المزني وحرملة: إنَّ الثمرة للبائع إنْ رجع بالنخل تبعاً كما يكون في

البيع تبعاً لها ويكون الفرق بينها وبين الزرع في الأرض أن الزرع مودع في الأرض وليس بحادث من خلقة الأصل فلم يرجع به البائع كما لا يدخل في البيع والثمرة الحادثة حادثة من خلقة الأصل يرجع بها البائع كما يدخل في البيع.

والقول الثاني: رواه الربيع: إنَّ الثمرة للمفلس لا حق للبائع فيها ويرجع بالنخل دونها لأن: البائع يسترجع المبيع جبراً فلم يكن له الرجوع إلا بعين ماله الذي يتناوله عقده، وفارق ذلك حال المبيع من وجهين:

أحدهما: أن عقد البيع عن مراضاة فجاز أن يدخل فيه توابع المبيع وهذا عن إكراه فلم يتوجه إلا إلى ما تضمنه العقد.

والثاني: أن عقد البيع لما كان يقدر البائع فيه على استيفاء الثمرة لفظاً دخلت فيه الثمرة إطلاقاً وليس يقدر في فلس المشتري على مثل ذلك فافترقا فإذا ثبت أنها للمفلس لا يرجع بها البائع وجب على البائع تركها على النخل إلى أوان الجذاذ.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ أَرَادَ الغُرَمَاءُ بَيْعَ الثَّمَرِ قَبْلَ الجِدَاذِ وَالزَّرْعُ بَقْلاً فَذَلِكَ لَهُمْ».

قال الماوردي: إذا رجع البائع بعين ماله من الأرض والنخل فصارت الثمرة والزرع للمفلس فله ولغرمائه أربعة أحوال:

أحدهما: أن يتفقوا جميعاً على ترك الثمرة إلى أوان الجذاذ والزرع إلى أوان الحصاد فذلك لهم وعلى البائع ترك ذلك بغير أجرة على ما مضى.

والحال الثاني: أن يتفقوا جميعاً على بيع الثمرة في الحال بسراً أخضر وبيع الزرع في الحال بقلاً أخضر فذلك لهم ليتعجلوا الحق ويأمنوا الخطر.

والحال الثالث: أن يدعوا الغرماء إلى تركها إلى وقت الجذاذ والحصاد ليتوفر عليهم ثمنها ويدعو المفلس إلى بيعها في الحال ليأمن خطرها فالقول قول المفلس وتباع في الحال لأن ذمته مرتهنة بدينه ولا يأمن تلف الثمرة وبقاء الدين.

والحال الرابع: أن يدعوا المفلس إلى تركها إلى وقت الجذاذ والحصاد ليزيد ثمنها فيخف دينه ويدعو الغرماء إلى بيعها في الحال ليتعجلوا حقوقهم فالقول قول الغرماء وتباع في الحال، لأن حقوقهم معجلة فلا يلزمهم تأخيرها وهكذا لو رضي أكثر الغرماء والمفلس بتركها وكره أقلهم وطلبوا تعجيل بيعها كان القول فيها قول من دعا إلى تعجيل البيع. ولو كان واحداً لأنه لا يلزمه تأخير حقه برضى غيره.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكَذَلِكَ لَوْ بَاعَهُ أَمَةً فَوَلَدَتْ ثُمَّ أَفْلَسَ كَانَتْ لَهُ الأَمَةُ إِنْ شَاءَ وَالْوَلَدُ لِلْغُرَمَاءِ وَإِنْ كَانَتْ حُبْلَى كَانَتْ لَهُ حُبْلَى لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ الإِبَارَ كَالْوِلاَدَةِ وَإِذَا لَمْ تُؤَبَّرْ فَهِيَ كَالْحَامِلِ لَمْ تَلِدْ».

قال الماوردي: ولهذه المسألة مقدمة وهي: الحمل في بطن أمة هل يكون تبعاً أو يأخذ من الثمن قسطاً؟ وفيه للشافعي قولان:

أحدهما: أنه يكون تبعاً كأعضائها، لأنها لو أعتقت سرى العتق إلى حملها كما يسري إلى جميع أعضائها.

والقول الثاني: أنه يأخذ من الثمن قسطاً كاللبن، لأنه لو أعتق حملها لم يسر إليها عتقه ولو كان كالعضو منها عتقت بعتقه كما تعتق بعتق أعضائها فإذا ثبت هذا وكان المبيع أمة حصل منها حمل أو ولد لم يخل حالها من أربعة أقسام:

أحدها: ـ أن تكون حاملاً وقت العقد ووقت الفلس فإن كان الحمل الذي معها وقت الفلس هو الحمل الذي كان معها وقت البيع فللبائع أن يرجع بها حاملاً على القولين معاً، لأنه وإن كان تبعاً فهو في الحالين تبع وإن كان يأخذ من الثمن قسطاً فله في الحالين قسط. وإن كان الحمل الذي معها وقت الفلس غير الحمل الذي كان معها وقت العقد. فإن قيل إنَّ الحمل يكون تبعاً كان للبائع أن يرجع بها حاملاً ولا حق له في الولد الذي كانت به وقت البيع حاملاً وإن قيل إنَّ الحمل يأخذ من الثمن قسطاً فللبائع أن يرجع بها دون حملها الذي هو وقت الفلس معها ويرجع بالولد الذي وضعته وكانت حاملاً به وقت بيعها.

والقسم الثاني: أن تكون حائلاً وقت البيع وحاملاً وقت الفلس وكان حملها ووضعها ما بين البيع والفلس فللبائع أن يرجع بها دون حملها على القولين معاً، لأنه لم يأخذ من الثمن قسطاً ولا كان في الحالين تبعاً فإذا رجع البائع بالأمة لم يجز أن يفرق بينها وبين ولدها «لِنَهْيِ النَّبِيِّ ﷺ عَنْهُ»(1) ومن أصحابنا ممن جوز الفرقة بينهما للضرورة على مثل ما قال في الفرقة بينهما في الرهن وهذا ليس بصحيح، لارتفاع الضرورة إذ قد يمكن الجمع بينهما ويصل كل واحد إلى حقه منهما فيقال للبائع تعطي ثمن الولد فإنْ دفع ثمن الولد أجبر المفلس والغرماء على قبول الثمن ودفع الولد وإن امتنع البائع أن يدفع ثمن الولد لم يمكن من الأم بعد استرجاعها وبيعت مع ولدها فما حصل من ثمنها دفع إلى البائع منه ما قابل الأم ذات ولد ودفع

---

(1) أخرجه أحمد في المسند ٥/٤١٤ والترمذي (١٢٨٣) والحاكم في المستدرك ٢/٥٥ والدارمي (٢٤٨٢) والطبراني في الكبير (٤٠٨٠) والدارقطني ٣/٦٧.

إلى غرماء المفلس ما قابل الولد إذا كان مع أمه. فإن قيل: فهلا دفعتم إلى البائع ما قابل ثمن الأم مفردة غير ذات ولد كما دفعتم إلى مرتهن الأرض إذا غرسها الراهن بعد الرهن نخلاً وبيعا معاً ثمن الأرض بيضاء لا نخل فيها؟. قلنا: الفرق بينهما أن الراهن لما كان متعدياً بغرس النخل في الأرض المرهونة دفع ضرورة تعدية على المرتهن فدفع إليه ثمن أرض بيضاء ولما لم يكن من المشتري تعد في إيلاد الجارية لم يكن دفع الضرورة عن البائع بأولى من دفعها عن المشتري.

والقسم الثالث: أن تكون حاملاً وقت البيع حائلاً وقت الفلس فإن قلنا إنَّ الحمل يكون تبعاً رجع بالأم دون ولدها لأنه بعد الانفصال لا يكون تبعاً وإن قلنا إنَّ الحمل يأخذ من الثمن قسطاً لم يخل حال الولد من أحد أمرين:

إما أن يكون باقياً، أو تالفاً فإن كان الولد باقياً رجع البائع بالأم مع ولدها وإن كان تالفاً رجع بالأم وضرب مع الغرماء بما قابل الولد حملاً في بطن أمه حين أقبض لأنه بعد الولادة أكثر ثمناً وكثرة ثمنه حادثة في ملك المشتري فلم يجز أن يقوم في حق البائع فتقوم الأم حاملاً وقت القبض وحائلاً وينظر ما بينهما فهو الذي يقابل ثمن الحمل فإن كان العشر ضرب مع الغرماء بعشر الثمن وإن كان الخمس ضرب بخمس الثمن.

والقسم الرابع: أن تكون حائلاً وقت البيع حاملاً وقت الفلس. فإن قلنا إنَّ الحمل يكون تبعاً رجع البائع بالأم حاملاً ولا حق للمشتري في حملها. وإن قلنا إنَّ الحمل يأخذ قسطاً من الثمن كان له الرجوع بالأم دون الحمل وكان الحمل للمشتري المفلس ولا يلزم تسليمها إليه حاملاً لحق المفلس في الحمل ولا يلزم إقرارها في يد المفلس أو غرمائه لحق البائع في الأم ولا يجوز أن يؤخذ من البائع قيمة الحمل، لأن الحمل لا تصح المعاوضة عليه دون أمه وتوضع الأمة الحامل على يد عدل يتفقان عليه فإن اختلفا اختار الحاكم لهما عدلاً ونفقتها على البائع مالك الأم دون المفلس مالك الحمل سواء قلنا إن نفقة الحامل تجب لها أو لحملها، لأنها نفقة تجب بحق الملك فاختصت بالملك الظاهر المتحقق.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ بَاعَهُ نَخْلاً لاَ ثَمَرَ فِيهَا ثُمَّ أَثْمَرَتْ فَلَمْ تُؤبرْ حَتَّى أَفْلَسَ فَلَمْ يَخْتَرِ الْبَائِعُ حَتَّى أُبِرَتْ كَانَ لَهُ النَّخْلُ دُونَ الثَّمَرَةِ لأَنَّهُ لاَ يَمْلِكُ عَيْنَ مَالِهِ إِلاَّ بِالتَّفْلِيس والاخْتِيَارِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح والجواب فيه مبني على رواية المزني وحرملة: أن المشتري إذا أفلس والثمرة غير مؤبرة كانت للبائع إذا رجع بالنخل فأما على رواية الربيع: أنها للمفلس فلا معنى لتفريعها فإذا فلس المشتري والثمرة غير مؤبرة فتأخير اختيار البائع عين

ماله حتى أبرت الثمرة ثم اختار عين ماله بعد التأبير فإنه يرجع بالنخل دون الثمرة لأن البائع ليس يملك عين ماله بحدوث الفلس وإنما ملك بحجر الفلس أن يتملك عين ماله بالاختيار فإذا اختار عين ماله صار حينئذ ملكاً له بالاختيار فوجب أن يعتبر حال الثمرة وعند تملكه بالاختيار لا وقت الحجر بالفلس والثمرة وقت تملكه بالاختيار مؤبرة فلم يكن له فيها حق والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا كَانَ يَخْرُجُ مِنْ ثَمَرِ الشَّجَرِ فِي أَكْمَامٍ فَيَنْشَقّ كَالْكُرْسُفِ وَمَا أَشْبَهَهُ فَإِذَا انْشَقَّ فَمِثْلُ النَّخْلِ يُؤَبَّرُ وَإِذَا لَمْ يَنْشَقّ فمثل النَّخْلِ لَمْ يُؤَبَّرْ».

قال الماوردي: وهذا أيضاً يتفرع على رواية المزني وحرملة دون الربيع. فإذا كان المبيع شجراً غير مثمر ففلس المشتري وقد أثمر الشجر فإن كانت الثمرة في حكم المؤبرة لا تدخل في البيع لم يمكن للبائع فيها حق إذا رجع بالشجر وإن كانت في حكم غير المؤبرة كالكرسف الذي لم يتشقق في جوزه والورد الذي لم ينعقد في شجره وما جرى ذلك مما استوفينا تفصيله في كتاب البيوع، وفيه قولان كالثمرة التي لم تؤبر:

أحدهما: للبائع إذا رجع بعين ماله وهي رواية المزني وحرملة.

والثاني: للمفلس تقسم بين غرمائه وهي رواية الربيع.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ الْبَائِعُ اخْتَرْتُ عَيْنَ مَالِي قَبْلَ الإِبَارِ وَأَنْكَرَ الْمُفْلِسُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ وَعَلَى الْبَائِعِ الْبَيِّنَةُ وَإِنْ صَدَّقَهُ الْغُرَمَاءُ لَمْ أَجْعَلْ لهُمْ مِنَ الثَّمَرِ شَيْئاً لأَنَّهُمْ أَقَرُّوا بِهِ لِلْبَائِعِ وَأَجْعَلُهُ لِلْغَرِيمِ سِوَى مَنْ صَدَّقَ الْبَائِعَ وَيُحَاصُّهُمْ فِيمَا بَقِيَ إِلاَّ أَنْ يَشْهَدَ مِنَ الْغُرَمَاءِ عَدْلاَنِ فَيَجُوزُ وَإِنْ صَدَّقَهُ الْمُفْلِسُ وَكَذَّبَهُ الْغُرَمَاءُ فَمَنْ أَجَازَ إِقْرَارَهُ أَجَازَهُ وَمَنْ لَمْ يُجِزْهُ لَمْ يُجْزِهِ وَأَحْلَفَ لَهُ الْغُرَمَاءُ الَّذِينَ يَدْفَعُونَهُ».

قال الماوردي: وهذا التفريع إنما يجيء على رواية المزني وحرملة حيث جعلا للبائع ما لم يؤبر من الثمرة فإذا ادعى البائع الرجوع بعين ماله قبل تأبير الثمرة فلا يخلو حال المفلس والغرماء من ستة أحوال:

أحدها: أن يصدقوه جميعاً على استرجاعه النخل قبل تأبير الثمرة فتكون الثمرة للبائع يأخذها مع الأصل.

والحالة الثانية: أن يكذبوه جميعاً المفلس والغرماء فالقول قولهم وعلى المفلس

اليمين لأن حدوث الثمرة على ملكه فلم تقبل دعوى البائع أنه قد ملكها عليه فإن حلف المفلس كانت الثمرة له مقسومة بين غرمائه وإن نكل المفلس عن اليمين فهل يجوز إحلاف الغرماء عليها أم لا؟ على قولين:

أحدهما: يحلفون لأن الثمرة تصير إليهم فعلى هذا إن حلفوا اقتسموا الثمرة وإن نكلوا أحلف البائع عليها ودفعت إليه وإن حلف بعضهم استحقوا بأيمانهم بقسط ديونهم من الثمرة يختصون به دون من لم يحلف وحلف البائع على الباقي واستحقه.

والقول الثاني: لا يجوز إحلاف الغرماء عليها، لأنهم إنما يقتسمون ملك المشتري المفلس ولا يجوز أن يملك أحد بيمين غيره مالاً ـ فعلى هذا ترد اليمين على البائع عند نكول المفلس فإن حلف استحق الثمرة فلو شهد للمفلس شاهدان من غرمائه أن الثمر أبرت على ملكه ردت شهادتهما لأنهما يجران بهذه الشهادة نفعاً إلى أنفسهما لأن الثمرة إذا حصلت للمفلس قسمت بين الغرماء فيوفون حقوقهم.

والحال الثالثة: أن يصدقه المفلس ويكذبه الغرماء فيقول المفلس للبائع: اخترت عين مالك قبل التأبير فالثمرة لك فيقول الغرماء: بل اخترت عين مالك بعد التأبير فالثمرة للمفلس مقسومة بيننا ففيه قولان:

أحدهما: إنَّ القول قول المفلس وتدفع الثمرة إلى البائع ولا يمين على المفلس لغرمائه، لأن ذلك إقرار منه والمقر لا يمين عليه فيما أقر به.

والقول الثاني: إنَّ القول قول الغرماء مع أيمانهم لأنهم منكرون وعلى المنكر اليمين ـ وأصل هذين القولين أن المفلس إذا أقر بعد الحجر عليه بمال كان إقراره لازماً ولكن هل يكون المقر له في مال المفلس مشاركاً لجميع الغرماء إذا كذبوه؟على قولين مبنيين على اختلاف قوليه في حجر المفلس هل يجري مجرى حجر المرض أو يجري مجرى حجر السفه ـ على ما سنذكره من بعد ـ فإذا حلف الغرماء على هذا القول قسمت الثمرة بينهم على قدر ديونهم وكانت الثمرة ديناً للبائع على المفلس يؤديه إليه إذا فك الحجر عنه.

والحال الرابعة: أن يكذبه المفلس ويصدقه الغرماء فيقول المفلس اخترت عين مالك بعد التأبير والثمرة لي ويقول الغرماء بل اخترت عين مالك قبل التأبير فالثمرة لك فالقول فيها قول المفلس مع يمينه لحدوثها على ملكه، فإن شهد للبائع عدلان من الغرماء سمعت شهادتهم على المفلس وحكم بالثمرة للبائع لأنها شهادة تنفي عنهم التهمة فيها فلو شهد منهم عدل واحد حلف البائع معه واستحق الثمرة لأنه مال يحكم فيه بالشاهد واليمين وإن كان من شهد من الغرماء غير مقبول الشهادة حلف المفلس وكانت الثمرة له فإذا امتنع المفلس من

تسليم الثمرة إلى غرمائه لم يكن لهم أن يطالبوه بها لأنهم مقرون أنه لا يملكها وإن بذلها المفلس لهم وطالبهم بأخذها من ديونهم وجب عليهم أخذها لأنه قد حكم بأنها ملكه في الظاهر فكان له أن يبرىء ذمته من ديونهم بدفعها إليهم وقيل للغرماء: إما أن تأخذوا الثمرة من ديونكم أو تبرؤوه منها فإذا قسمت الثمرة بين الغرماء بقدر ديونهم لم يخل من أحد أمرين إما أن تقسم عين الثمرة عليهم أو ثمنها فإن قسمت الثمرة عليهم ـ لأنها كانت من جنس ديونهم ـ وجب عليهم إذا قبضوها من ديونهم أن يردوها على البائع لإقرارهم بأنه الثمرة ملك له ألا ترى أن من شهد على رجل بعتق عبده فردت شهادته ثم أنَّ الشاهد اشترى العبد عتق عليه بسابق إقراره وإن كانت الثمرة بيعت وقسم فيهم ثمنها ففيه وجهان:

أحدهما: يلزمهم رد ثمنها على البائع صاحب النخل لأن الثمن بدل من الثمرة فكان حكمه كحكم الثمرة.

والوجه الثاني: أنه لا يلزمهم رد الثمن لأن البائع لا يملكه ولأن الثمرة إن كانت له فالبيع باطل والثمن مردود وإن لم يكن له فأولى أن لا يأخذ ثمن ما لا يملكه.

والحال الخامسة: أن يصدقه المفلس وبعض الغرماء ويكذبه باقي الغرماء فالقول قول المفلس في حصص الذين تابعوه في تصديق البائع وهل يقبل قوله في حصص الذين خالفوه وأكذبوا البائع على قولين مضيا، فإن شهد عدلان من الغرماء الذين تابعوا المفلس في تصديق البائع حكم بشهادتهم إذا لم يقبل إقرار المفلس بها وإن قبل إقراره فلا معنى للشهادة.

والحال السادسة: أن يكذبه المفلس وبعض الغرماء ويصدقه الباقون من الغرماء فالقول قول المفلس في التكذيب مع يمينه لحدوث الثمرة على ملكه فإن كان ممن صدق البائع من الغرماء جائز الشهادة فشهدوا له بالثمرة قبلت شهادتهم وإن لم يكن فيهم من تجوز شهادته حلف المفلس وكانت الثمرة له يقسمها بين من تابعه في تكذيب البائع من غرمائه ولا حق فيها لمن صدق البائع منهم فإن قال المفلس أريد أن أقسم الثمرة بين جميع الغرماء بقسط ديونهم فهل يجبر من صدق البائع من الغرماء على قبول ذلك أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يجبرون كما لو كان الكل مصدقين فما حصل مع الغرماء المكذبين للبائع ملكوه وما حصل مع الغرماء المصدقين للبائع ردوه عليه لاعترافهم بأنه ملك له.

والوجه الثاني: أن من صدق البائع من الغرماء لا يجبر على قبول الثمرة من دينه، لأن المقصود من إجبارهم على قبول ذلك أن تبرأ ذمة المفلس من ديونه وذمته تبرأ من ديون المكذبين بدفع الثمرة إليهم فلا فرق بين أن تبرأ ذمة المفلس من جميع ديون بعض الغرماء وبين أن تبرأ من بعض ديون جميع الغرماء والله تعالى أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ وَجَدَ بَعْضَ مَالِهِ كَانَ لَهُ بِحِصَّتِهِ وَيُضْرَبُ مَعَ الْغُرَمَاءِ فِي بَقِيَّتِهِ».

قال الماوردي: وهذا مما تقدم الجواب عنه لدخوله في التقسيم الماضي فإذا باعه شيئين يتقسط الثمن عليهما وليس أحدهما تبعاً لصاحبه كعبدين أو ثوبين فتلف أحدهما وبقي الآخر كان له أن يرجع بالباقي منهما، لأنه لما استحق الرجوع بكل المبيع إذا كان موجوداً فأولى أن يجوز له الرجوع ببعضه إذا كان الباقي معدوماً، ولأن كل من تعلق حقه بعين وجب تقديمه بها على غيره فلا فرق بين وجود جميع العين أو بعضها كالرهن فإذا ثبت أن للبائع أن يرجع بالباقي فإنه يأخذه بحسابه من الثمن وقسطه ومن أصحابنا من غلط فخرجه على قولين كالبائع إذا تلف بعض المبيع في يده فإن المشتري يأخذ ما بقي على قولين ـ وقد ذكرنا من الفرق بين الموضعين ما يوضح هذا الغلط ـ فإذا ثبت أنه يأخذه بحسابه من الثمن وقسطه فقد ذكرنا وقت اعتبار القيمة وذلك في أقل الحالين من وقت العقد أو وقت القبض فلو اختلفا في قسط ما تلف من الثمن ولا بينة فالقول قول البائع مع يمينه لأنه قد كان مالكاً لجميع الثمن فلا يسقط حقه منه إلا بما اعترف به.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَتْ دَاراً فَبُنِيَتْ أَوْ أَرْضاً فَغُرِسَتْ خَيَّرْتُهُ بَيْنَ أَنْ يُعْطِيَ العِمَارَةَ وَيَكُونَ ذَلِكَ لَهُ أَوْ يَكُونَ لَهُ الأَرْضُ وَالْعِمَارَةُ تُبَاعُ لِلْغُرَمَاءِ إِلاَّ أَنْ يَشَاءَ الْمُفْلِسُ وَالْغُرَمَاءُ أَنْ يُقْلِعُوا وَيَضْمَنُوا مَا نَقَصَ الْقَلْعَ فَيَكُونَ لَهُمْ (وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ) إِنْ لَمْ يَأْخُذِ العِمَارَةَ وَأَبَى الغُرَمَاءُ أَنْ يَقْلَعُوهَا لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلاَّ الثَّمَنُ يُخَاصُّ بِهِ الغُرَمَاءُ (قَالَ الْمُزَنِّي) قُلْتُ أَنَا الأَوَّلُ عِنْدِي بِقَوْلِهِ أَشْبَهُ وَأَوْلَى لأَنَّهُ يَجْعَلُ الثَّوْبَ إِذَا صُبِغَ لِبَائِعِهِ يَكُونُ بِهِ شَرِيكاً وَكَذَلِكَ الأَرْضَ تُغْرَسُ لِبَائِعِهَا يَكُونَ بِهَا شَرِيكاً».

قال الماوردي: صورة هذه المسألة في رجل باع أرضاً فبنى فيها المشتري بناء وغرس فيها غراساً ثم أفلس والبناء والغراس قائم في الأرض فللمفلس ولغرمائه حالان: حال يتفقوا على قلع الغراس والبناء فلهم ذلك وللبائع أن يرجع بأرضه بيضاء فإن كان قلع الغراس والبناء بعد رجوع البائع بأرضه وكان لقلع الغراس والبناء نقص قد أضر بالأرض فإن أمكن إزالة النقص بتسوية للأرض وتعديلها فعليهم تسويتها وإزالة النقص الداخل عليها وإن لم يمكن إزالة النقص بتسويتها فعليهم غرم ما نقصت الأرض يرجع لكون البائع مقدم على جميع الغرماء لأنه حق ثبت لاستصلاح ماله بعد وقوع الحجر عليه وإن كان قلع الغراس والبناء قبل رجوع البائع بأرضه فهل على المشتري المفلس غرم نقصه؟ على وجهين ـ من اختلاف

الوجهين فيما حدث بالمبيع من نقص بفعل المشتري هل يجري مجرى حادث من سماء أو مجرى جناية أجنبي ـ أحد الوجهين: لا غرم عليه إذا قيل إنه يجري مجرى حادث من سماء.

والثاني: عليه الغرم إذا قيل إنه يجري مجرى جناية آدمي. فعلى هذا يكون البائع بقدر غرامة النقص أسوة الغرماء ولا يتقدم به عليهم لأنه حق ثبت على استهلاك. والحال الثانية من أحوال المفلس وغرمائه أن يمتنعوا من قلع الغراس والبناء فلا يجبروا على قلعه لقوله ﷺ: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»[1].

فدل على غير الظالم لعرقه حق، والمشتري حين بنى وغرس لم يكن ظالماً وإذا لم يجبر على قلعه لم يخل حال البائع من أحد أمرين إما أن يبذل لهم قيمة الغراس والبناء قائماً أو يمتنع. فإن بذل لهم قيمة الغراس والبناء قائماً فللبائع ـ إذا بذل قيمة الغراس والبناء قائماً أن يرجع بأرضه ويجبر المفلس والغرماء على أخذ قيمة ذلك قائماً أو قلعه ولا يجوز أن يمتنع البائع من الرجوع بأرضه وإن امتنع البائع من بذل قيمة الغراس والبناء قائماً وامتنع المفلس وغرماؤه من قلعهما معاً فقد قال الشافعي رضي الله عنه في الأم، ونقله المزني عنه في هذا الموضع ما يدل على: أن للبائع أن يرجع بأرضه. وقال بعده ما يدل على: أنه يكون أسوة للغرماء: ولا يرجع بأرضه فاختلف أصحابنا، فكان أبو إسحاق المروزي وطائفة يخرجون ذلك على قولين:

أحدهما: وبه قال المزني: إنَّ للبائع الرجوع بأرضه ولا يكون ما حصل فيها من ملك المشتري مانعاً من الرجوع بها، ألا ترى أنه لو اشترى ثوباً فصبغه ثم أفلس كان للبائع أن يرجع بالثوب وإن كان مصبوغاً بصبغ المشتري ويكون الصبغ للمشتري والأرض المغروسة أولى أن يكون للبائع الرجوع بها وإن كان الغراس للمشتري.

والقول الثاني: إنَّها للبائع يضرب مع الغرماء بالثمن ولا حق له في الرجوع بالأرض لأن في الرجوع بالأرض مع بقاء البناء والغراس فيها ضرراً لاحقاً بمالك الغراس والبناء لأن حيطان البناء وسقوفه تزول منافعها إذا لم يمكن التصرف في الأرض والغراس فلا يمكن الاستطراق إليه إلا بالتصرف في الأرض فلم يجز أن يزيل عن البائع ضرراً باسترجاع الأرض بإدخال ضرر على المفلس والغرماء في البناء والغراس كما أن المشتري إذا بنى وغرس لم يكن للشفيع أن يأخذ الشقص إلا بقيمة البناء والغراس لأنه لا يجوز أن يزيل ضرراً عن الشفيع بإدخال ضرر على المشتري ومن هذا الوجه فارق الثوب المصبوغ، لأن البائع إذا رجع بالثوب لم يدخل على المفلس ضرر في الصبغ، لأن الثوب المصبوغ يستودع أميناً حتى

---

(١) أخرجه أبو داود ٣/٤٥٣ كتاب الخراج (٣٠٧٣) والترمذي ٣/٦٦٢ (١٣٧٨) وقال حسن غريب

يباع لهما فلا يدخل ضرراً عليهما، وكان أبو الفياض البصري وأكثر البصريين يخرجون ذلك على اختلاف حالين: فالموضع الذي قال فيه بأن للبائع أن يرجع بأرضه إذا كان البناء والغراس يسيراً أو أكثر منافع الأرض إذا استرجعت باقياً لبقاء المقصود منها والموضع الذي قال إنَّه يضرب مع الغرماء بالثمن ولا يرجع بالأرض إذا كان البناء والغراس كثيراً أو أكثر منافع الأرض مشغولاً لفوات المقصود منها وزوال الانتفاع بها فتصير مستهلكة.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فإذا قلنا: إن لا رجوع للبائع بالأرض بيعت مع الغراس والبناء في ملك المفلس وكان البائع أسوة الغرماء في ثمنها وإن قلنا: إنَّ للبائع أن يرجع بالأرض فإذا رجع بها فإنْ رضي أن تباع مع الغراس والبناء ـ بيعت مع ذلك ودفع إلى البائع ما قابل ثمن الأرض ودفع إلى الغرماء ما قابل ثمن الغراس والبناء ـ وهل يدفع إلى البائع نصف ما قابل ثمن الأرض بيضاء أو ما قابل ثمنها مع البناء والغراس؟ على وجهين حكاهما ابن أبي هريرة:

أحدهما: يدفع إليه ما قابل ثمن الأرض مع البناء والغراس ليكون النقص داخلاً عليهما، لأن المشتري غير متعد بغرسه وبنائه فلم يجز أن ينفرد بالنقص دون غيره.

والوجه الثاني: وهو أصح ـ أنه يدفع إلى البائع ما قابل ثمن الأرض بيضاء ليكون النقص إن كان داخلاً على المشتري كما يكون النقص في الثوب المصبوغ داخلاً عليه لأن المشتري غير مدعو بغرس وبناء فلم يجز أن ينفرد بالنقص دون غيره.

والوجه الثاني: وهو أصح أن يدفع إلى البائع ما بلغت الأرض بيضاء ليكون النقص إن كان داخلاً على المشتري كما يكون النقص في الثوب المصبوغ داخلاً عليه، ولأن الشافعي قد قال: إن المفلس والغرماء إن اتفقوا على قلع الغراس والبناء لزمهم أن يغرموا نقص الأرض بقلع ذلك. فأما إن امتنع البائع من بيع الأرض مع الغراس والبناء فهل يجبر البائع على البيع أم لا؟ على قولين حكاهما ابن سريج:

أحدهما: يجبر على بيع الأرض مع الغراس والبناء كما يجبر على بيع الجارية مع ولدها وكما يجبر على بيع الثوب مع صبغه.

والقول الثاني: وهو أصح يجبر على بيع الأرض ويباع البناء والغراس منفرداً لإمكان إفراده بالبيع عقداً بخلاف الصبغ ـ وشرعاً ـ بخلاف الولد. والله أعلم.

فصل: فأما إذا اشترى أرضاً من رجل وغراساً من آخر وغرسه فيها ثم أفلس وحضر صاحب الأرض وصاحب الغرس فلكل واحد منهما أن يرجع بعين ماله ليرجع صاحب الأرض بأرضه وصاحب الغراس بغرسه فإن أحب صاحب الغراس قلع غرسه فله ذلك وعليه غرم ما

نقصت الأرض بقلع الغرس، فإن امتنع من قلعه وبذل صاحب الأرض قيمة الغرس قائماً لم يكن لصاحب الغراس إقرار غرسه وقيل: أنت بالخيار بين قلع غرسك أو أخذ قيمته قائماً وإن امتنع صاحب الأرض من بذل قيمة الغرس قائماً وامتنع صاحب الغرس من قلعه - فإن رضي صاحب الأرض بإقرار الغرس في أرضه كان ذلك مقراً وله أجرة المثل ما بقي الغرس في أرضه وإن منع من إقراره في أرضه فهل يجبر صاحب الغرس على قلع غرسه؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجبر على قلعه كما لا يجبر المفلس - لو كان الغرس له - على قلعه لأنه عرق ليس بظالم.

والوجه الثاني: أنه يجبر على قلعه وإن كان المفلس لا يجبر على قلعه والفرق بينهما أن المفلس قد استقر ملكه على غرس نام وقلعه يزيل النماء فلحقه بقلعه ضرر فلم يجبر عليه وليس كذلك بائع الغرس لأنه لم يكن نامياً حين كان على ملكه فلم يلحقه بعد قلعه ضرر فلذلك أجبر عليه. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَا عَبْدَيْنِ بِمَائَةٍ فَقَبَضَ نِصْفَ الثَّمَنِ وَبَقِيَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ وَهُمَا سَوَاءٌ كَانَ لَهُ نِصْفُ الثَّمَنِ وَنِصْفُ الَّذِي قَبَضَ ثَمَنَ الهَالِكِ كَمَا لَوْ رَهَنَهُمَا بِمَائَةٍ فَقَبَضَ تِسْعِينَ وَهَلَكَ أَحَدُهُمَا كَانَ الآخَرُ رَهْناً بِالْعَشْرَةِ (قَالَ الْمَزنِيُّ) قُلْتُ أَنَا أَصْلُ قَوْلِهِ أَنْ لَيْسَ الرَّهْنُ مِنَ الْبَيْعِ بِسَبِيلٍ لأَنَّ الرَّهْنَ مَعْنًى وَاحِدٌ بِمَعْنًى وَاحِدٍ مَا بَقِيَ مِنَ الْحَقِّ شَيْءٌ (قَالَ) وَلَوْ بَقِيَ مِنْ ثَمَنِ السِّلْعَةِ فِي التَّفْلِيسِ دِرْهَمٌ لَمْ يُرْجَعْ فِي قَوْلِهِ مِنَ السِّلْعَةِ إِلَّا بِقَدْرِ الدِّرْهَمِ».

قال الماوردي: اعلم أن لنقص الثمن أو المبيع عند فلس المشتري ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن يكون بعض المبيع قد تلف والثمن على حاله.

والثاني: أن يكون بعض الثمن قد قبض والمبيع على حاله.

والثالث: أن يكون بعض المبيع قد تلف وبعض الثمن قد قبض.

فأما الأول من أقسامه فهو أن يفلس المشتري قبل دفع شيء من الثمن وقد تلف أحد العبدين المبيعين وبقي الآخر فللبائع أن يأخذ العبد الباقي بحسابه من الثمن فإن كانت قيمتهما سواء أخذه بنصف الثمن وضرب بالنصف الباقي من الثمن مع الغرماء وإن كانت قيمتهما مختلفة قسط الثمن على قيمتهما وأخذه بقسطه من الثمن وضرب مع الغرماء بباقي الثمن. والله أعلم.

فصل: وأما الثاني من أقسامه: فهو أن يفلس المشتري والمبيع باق وقد قبض البائع بعض ثمنه فمذهب الشافعي إلى أن للبائع أن يأخذ من المبيع بقسط ما بقي له من ثمنه ويكون باقي المبيع للمفلس يباع في حق غرمائه. وقال مالك: إذا قبض البائع بعض الثمن بطل حقه من استرجاع المبيع وضرب مع الغرماء بباقي الثمن وحكى نحوه الشافعي في القديم. إما مذهباً لنفسه أو حكاية عن غيره تعلقاً بما روى مالك عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ سِلْعَةً بِعَيْنِهَا عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ وَلَمْ يَقْبِضْ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئاً فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا وَإِنْ قَبَضَ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئاً فَهُوَ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ» ولأن البائع إنما يرجع بعين ماله ليزيل الضرر عن نفسه وفي استرجاع بعض المبيع إدخال ضرر على المشتري لتفريق صفقته وسوء مشاركته فلم يجز أن يزيل ضرراً عن نفسه بإدخال ضرر على غيره. وهذا خطأ، لقول النبي ﷺ «فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ» ولأن كل من جاز أن يعود إلى عين ماله بالفسخ جاز أن يعود إلى بعضها بالفسخ كالمزوج يعود إلى جميع الصداق بالردة قبل الدخول وإلى نصفه بالطلاق قبل الدخول. فأما الجواب عن الخبر فهو مرسل لا يلزم الاحتجاج به على أن قوله فهو أسوة الغرماء بمعنى: أن البائع منه بقدر ما بقي من ثمنه ويباع في حقوق الغرماء ما بقي فيصير وافيه أسوة لأنه لم يختص البائع بجميعه دون الغرماء. وأما الجواب عما ذكره من إدخال الضرر على المفلس بتفريق الصفقة وسوء المشاركة فهو إنما يكون داخلاً عليه بذلك إذا كان المبيع مبقى على ملكه والمفلس فلا يستبقى على ملكه فيدخل عليه ضرر بل يباع عليه لغرمائه فلا يدخل عليه ضرر لتفريق الصفقة ولا بسوء المشاركة فإذا ثبت أن قبض بعض المبيع لا يمنع من أن يرجع من المبيع بقسط باقي الثمن فإن كان المقبوض نصف الثمن رجع بنصف المبيع مشاعاً فإن كان المبيع عبداً واحداً استحق نصفه وإن كان عبدين رجع بنصفهما جميعاً وإن كانوا ثلاثة رجع بنصف الثلاثة، ولو كان المقبوض ثلث الثمن والباقي الثلثان رجع بثلثي الثلاثة إلا عبد مشاعاً، وإن كان المقبوض من الثمن الثلثان رجع بثلث الثلاثة إلا عبد مشاعاً حتى يتراضوا على القسمة من بعد.

فصل: وأما الثالث من أقسامه ـ وهو مسألة الكتاب ـ فصورته أن يكون المبيع عبدين بمائة درهم فيفلس المشتري بعد أن قبض البائع نصف المائة ومات أحد العبدين قال الشافعي: كان للبائع أن يرجع بالعبد الباقي بما بقي له من نصف الثمن إذا كانت قيمة العبدين سواء ويكون المقبوض من الثمن في مقابلة التالف من العبدين فلو كان الباقي بأكثرهما ثمناً استرجع منه ما قابل الباقي من الثمن ورد الفضل على الغرماء، ولو كان الباقي أقلهما ثمناً استرجعه بحسابه من الثمن وضرب مع الغرماء بباقيه فهذا على ما نص عليه في

الفلس، ونص الشافعي في الزوجة إذا طلقت قبل الدخول ـ وقد تلف بعض الصداق في يدها ـ على قولين:

أحدهما: أنْ يرجع بما استحقه من نصف الصداق بما بقي منه ـ كما قال في المفلس.

والثاني: أنه يرجع بنصف الباقي وبنصف قيمة التالف ـ بخلاف ما قاله في المفلس ـ فاختلف أصحابنا: فكان بعضهم يخرج مسألة المفلس على قولين كالصداق.

أحدهما: يأخذ نصف العبد الباقي بنصف ما بقي له من الثمن وذلك خمسة وعشرون درهماً ويضرب بما بقي منه وهو خمسة وعشرون درهماً مع الغرماء ووجهه أن الخمسين المقبوضة هي من ثمن العبدين المبيعين جميعاً بدليل أنه لو كان العبدان باقيين وقد قبض نصف الثمن لم يجز أن يرجع بأحد العبدين ويجعل المقبوض من ثمن أحدهما بل يرجع بنصف العبدين ويكون المقبوض من ثمنهما فإذا كان المقبوض ـ بدليل ما ذكرنا ـ من ثمنهما معاً صار نصف الخمسين المقبوضة من ثمن العبد التالف ونصفها من ثمن العبد الباقي ونصف الخمسين الباقية من ثمن العبد التالف ونصفها من ثمن الباقي فوجب أن يرجع بنصف العبد الباقي لبقاء نصف ثمنه ولا يرجع بالنصف الباقي لقبض ثمنه،

والقول الثاني: وهو المنصوص عليه هاهنا ـ أن الباقي بجميع العبد الباقي بما بقي له من نصف الثمن ويكون نصف الثمن المقبوض من ثمن العبد التالف. ووجه ذلك شيئان:

أحدهما: أنه لما جاز أن يزيل جميع الثمن من الذمة إذا كان الجميع باقياً إلى جميع العين إذا كان جميعها باقياً جاز أن ينقل بعض الثمن من الذمة إذا كان بعضه باقياً إلى بعض العين إذا كان بعضها باقياً ليكون في الحالين واصلاً إلى حقه بعين ماله ولا يمتنع أن يصير المقبوض من ثمن الجملة متحيزاً في بعضها كما لو اشترى عبدين بمائة درهم فقبضهما ودفع من الثمن خمسين درهماً فمات أحد العبدين ووجد بالباقي عيباً فرده صارت الخمسين المقبوضة ثمناً للتالف فلا يرجع بها والخمسين الباقية ثمناً للمردود غير مطالب بها وكذلك الفلس.

والثاني: أنه لما كان للبائع أن يتوصل إلى حقه باسترجاع العين كما كان للمرتهن أن يتوصل إلى حقه من الرهن ثم كان لو ارتهن عبدين بمائة فقبض منها تسعين ومات أحدهما كان العبد الباقي رهناً بالعشرة الباقية كذلك البائع يأخذ ما بقي من العين بما بقي من الثمن وهذه دلالة الشافعي. فاعترض المزني عليها وقال: ليس الرهن من البيع بسبيل، لأن جميع الرهن وكل جزء منه مرهون بالحق وبكل جزء منه وليس جميع المبيع وكل جزء منه مبيعاً بجميع الثمن وبكل جزء منه. وهذا الذي اعترض به المزني لا يقدح في دلالة الشافعي. لأن

افتراقهما من الوجه الذي ذكره الشافعي لأن للبائع أن يمنع الغرماء من المبيع ليتوصل إلى حقه منه ويزول عنه ضرر العجز به فهذا توجيه القولين على طريقة من خرج المسألة على قولين وقال آخرون من أصحابنا: إنَّ المسألة على قول واحد في الفلس أنه يأخذ العبد الباقي بما بقي من الثمن وإن كان الصداق على قولين والفرق بينهما من وجهين أحدهما أن رجوع البائع في الفلس أقوى من رجوع الزوج في الصداق، لأن للبائع أن يرجع بالمبيع زائداً وليس للزوج أن يرجع بالصداق زائداً فجاز للبائع أن يرجع بجميع ما بقي لقوة سببه ولم يجز للزوج أن يرجع بجميع حقه من الباقي لضعف سببه والفرق الثاني أن الزوج إذا رجع بنصف الموجود أمكنه الرجوع بقيمة الباقي لأن ذمة الزوجة مليئة فلا يلحقه ضرر والبائع لا يقدر على الوصول إلى حقه إلا باسترجاع ما بقي لأن ذمة المشتري بالفلس خربة ووزان ذلك أن تكون الزوجة مفلسة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَكْرَاهُ أَرْضاً فَفَلَسَ وَالزَّرْعُ بَقْلٌ فِي أَرْضِهِ كَانَ لِصَاحِبِ الأَرْضِ أَنْ يُحَاصَّ الْغُرَمَاءَ بِقَدْرِ مَا أَقَامَتِ الأَرْضُ فِي يَدَيْهِ إِلَى أَنْ أَفْلَسَ وَيُقْلِعَ الزَّرْعُ عَنْ أَرْضِهِ إِلاَّ أَنْ يَتَطَوَّعَ الْمُفْلِسُ وَالْغُرَمَاءُ بِأَنْ يَدْفَعُوا إِلَيْهِ إِجَارَةَ مِثْلِ الأَرْضِ إِلَى أَنْ يُسْتَحْصَدَ الزَّرْعُ لأَنَّ الزَّارِعَ كَانَ غَيْرَ مُتَعَدٍّ».

قال الماوردي: وهذا كما قال يجوز للمؤاجر أن يفسخ الإجارة بفلس المستأجر كما جاز ذلك للبائع، وقال داود بن علي: يجوز فسخ البيع بالفلس ولا يجوز فسخ الإجارة بالفلس من المستأجر، لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ إِنَّمَا جَعَلَ لَهُ الرُّجُوعَ بِسِلْعَتِهِ فِي الْمَبِيعِ دُونَ غَيْرِهِ وما سواه يدخل في عموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾. وهذا خطأ، لعموم قوله ﷺ: «فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ»، ولأن المنافع تجري مجرى الأعيان، ألا ترى أنها تضمن في العقد الصحيح بالمسمى وفي الفاسد بالمثل فلما أوجب الفلس استرجاع ما تضمنه العقد إذا كان عيناً فوجب استرجاعه إذا كان منفعة، ولأن عقد الإجارة ليس بأوكد من عقد البيع لأن البيع يملك به الرقبة والمنفعة فلما جاز فسخ البيع بالفلس فأولى أن يجوز فسخ الإجارة بالفلس، ولأن ما تضمنه عقد الإجارة من المنافع ليست موجودة في الحال وإنما تحدث حالاً بعد حال وما تضمنه عقد البيع موجود في الحال فلما جاز بالفلس فسخ العقد على موجود في الحال فأولى أن يجوز في فسخ ما ليس بموجود إلا في ثاني الحال وما استدلوا به من العموم فمخصوص بما ذكرنا.

فصل: فإذا ثبت أن فسخ الإجارة بالفلس جائز لما ذكرنا فلا يخلو فلس المستأجر إذا لم يدفع الأجرة من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون قبل مضي شيء من المدة.

والثاني: أن يكون بعد تقضي جميع المدة.

والثالث: أن يكون بعد مضي بعض المدة فإن كان الفلس قبل مضي شيء من المدة كان للمؤاجر أن يفسخ عقد الإجارة ويسترجع الأرض المؤاجرة ويسقط عن المستأجر جميع الأجرة كاسترجاع المبيع بالثمن. فلو كان المستأجر قد أقبض بعض الأجرة كان للمؤاجر أن يفسخ من المدة بقدر ما بقي له من الأجرة وكان هذا بمنزلة البائع إذا قبض بعض الثمن وإن كان الفلس بعد تقضي جميع المدة فقد صار المعقود عليه مستهلك فصارت الأجرة في ذمة المستأجر مستقرة فيضرب بها المؤاجر مع الغرماء كالبائع إذا استهلك المشتري عين ماله وإن كان الفلس بعد مضي بعض المدة وبقي بعضها كأن قضي نصفها وبقي نصفها فقد استقر على المستأجر أجرة ما مضى من نصف المدة وكان للمؤاجر أن يفسخ الإجارة فيما بقي من نصف المدة وكان هذا بمنزلة المبيع إذا استهلك المشتري بعضه وبقي بعضه فإذا فسخ المؤاجر الإجارة فيما بقي من المدة وضرب مع الغرماء بأجرة ما مضى من المدة لم يخل حال الأرض حينئذ من أحد أمرين:

إما أن تكون مشغولة بزرع المفلس أو خالية من زرعه فإن كانت خالية من زرعه استرجعها المؤاجر وتصرف فيها، وإن كان فيها زرعه ولم يستحصد بعد فلا يخلو حال الزرع من أحد أمرين: إما أن يكون مما له قيمة أو لا قيمة له فإن كان مما لا قيمة له في الحال لكونه حشيشاً لا منفعة فيه إلا بعد كبره وطوله فهذا يجب أن يقر في الأرض حتى ينتهي إلى حال الانتفاع به فلا يجوز قلعه للمفلس ولا للغرماء لما فيه من الاستهلاك لعين نامية وإتلاف مال موجود وإذا أقر استحق صاحب الأرض أجرة المثل ـ على ما سنذكره ـ وإن كان الزرع قصيلاً لمثله قيمة وفيه أن قلع منفعة فللمفلس والغرماء أربعة أحوال:

أحدها: أن يتفقوا على قلعة في الحال فذلك لهم ويتسلم صاحب الأرض أرضه بيضاء.

والحال الثانية: أن يتفقوا على تركة إلى وقت كماله وحصاده ليكون أوفر ثمناً فذلك لهم إن بذلوا لصاحب الأرض أجرة مثل أرضه وليس لصاحب الأرض أن يجبرهم على قلعه لأنه ليس بعرق ظالم فيقلع وإنما هو زرع بحق فأقر فإذا أقر استحق صاحب الأرض أجرة مثل أرضه من حين الفسخ إلى وقت الحصاد فإن امتنعوا من بذل الأجرة له كان له أن يأخذهم بقلع الزرع، لأنه إنما فسخ ليصل إلى منافع أرضه فلا يلحقه ضرر بفواتها عليه وفي إقرار الزرع بغير أجرة إبطال لهذا المعنى الذي به استحق الفسخ وقد ذكرنا الفرق بين بائع الأرض

حيث لم يستحق أجرة لما بقي فيهـا من زرع المفلس وبين المؤاجر حيث استحق الأجـرة لما يستبقى فيها من زرع المفلس وهو أن رقبة الأرض في المبيع هي المقصودة بالعقد والمشتري غير معاوض على منفعة الأرض فإذا استحق البائع الرقبة فقد وصل إلى حقه الـذي عارض وإن استحقت المنفعة وليس كذلك الإجارة لأن المنفعـة هي المعقود عليهـا وفسخ العقـد بالفلس يوجب استرجاعها فقد صح الفرق بينهما فهـذا الحكم في الزرع : إذا اتفق المفلس والغـرماء على تركه.

والحال الثالثة: أن يدعو المفلس إلى تركه إلى وقت الحصاد ليتوفر عليهم ثمنه ويدعوا الغـرماء إلى قلعـه في الحـال. فالقـول قول الغـرماء في تعجيـل قلعه في الحـال وبيعـه في حقـوقهم، لأن ديونهم معجلة فـلا يلزمهم تأخيـرها ولأن في استبقـاء الـزرع خـطراً لحـدوث الجائحة به.

والحـال الرابعـة: أن يدعـو المفلس إلى قلعه في الحـال ليتعجل قضـاء دينه ويـدعـو الغرماء إلى استبقائه إلى وقت حصاده لوفور ثمنه فالقول في تعجيـل قلعه قـول المفلس، لأن ذمته مرتهنة بدين يقدر على تعجيل قضائه فلم يلزمه تأخيره ولما يخاف على الزرع من حدوث الجائحة والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْـهُ: «وَإِنْ كَانَ لاَ يَسْتَغْنِي عَنِ السَّقْيِ قِيـلَ لِلْغُرَمَـاءِ إِنْ تَـطَوَّعْتُمْ بِأَنْ تُنْفِقُـوا عَلَيْهِ حَتَّى يُسْتَحْصَـدَ الزَّرْعُ فَتَـأْخُذُوا نَفَقَتَكُمْ مَـعَ مَالِكُمْ بِـأَنْ يَـرْضَـاهُ صَاحِبُ الزَّرْعِ وَإِنْ لَمْ تَشَاؤُوا وَشِئْتُمْ الْبَيْعُ فَبِيعُوهُ بِحَالِهِ».

قـال الماوردي: وهـذا صحيح إذا اتفق المفلس والغـرمـاء على تـرك الـزرع إلى وقت الحصاد وكان الزرع يحتاج إلى سقي ومؤنة فإن لم توجد النفقة ـ ولا وجد من يبذلها فلا معنى لاستيفاء الزرع مع حاجته إلى السقي المعوز لما فيه من تلفه على المفلس والغرماء وإن وجد من يبذل لهم نفقة بعض السقي ومؤونة الزرع إلى وقت الحصاد أنفق وكان الـزرع مقراً ثم لا يخلو حال المنفق من أحد أمرين: إما أن ينفق بأمر أو بغير أمر فإن أنفق بغير أمـر كان متـطوعاً بما أنفق ولم يرجع بشيء منه وإن أنفق بأمر فللآمر أربعة أحوال:

أحدها: أن يكون الحاكم.

والثاني: أن يكون المفلس.

والثالث: أن يكون الغرماء.

والرابع: أن يكون المفلس والغرماء فإن كان المنفق قد أنفق بأمر الحـاكم فله الرجـوع

بما أنفق في مال المفلس مقدماً به على سائر الغرماء لأن أمر الحاكم حكم منه يلزم إمضاؤه وإن كان قد أنفق بأمر المفلس وحده فذلك دين في ذمته لا يشارك الغرماء به ويكون كالديون الذي استحدثها بعد وقوع الحجر عليه وإن كان قد أنفق بأمر الغرماء فذلك على الغرماء الآمرين له دون المفلس وإن كان قد أنفق بأمر الغرماء والمفلس رجع به على المفلس لما فيه من مستزاد ماله وهل تتقدم نفقته على جميعهم أو يكون بها أسوة الغرماء؟ على وجهين:

أحدهما: وهو ظاهر نصه ـ أنه يكون أسوة الغرماء بنفقته ولا يتقدم بها عليهم لأنه قد كان لو أراد تعجيل قلعه استغنى عن سقيه.

والوجه الثاني: أنه يتقدم بما أنفق على سائر الغرماء لأنه حق ثبت بعد الحجر فيما فيه صلاح ما له فأشبه أجرة المنادي.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ: رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ بَاعَهُ زَيْتاً فَخَلَطَهُ بِمِثْلِهِ أَوْ أَرْدَأَ مِنْهُ فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مَتَاعَهُ بِالْكَيْلِ أَوِ الْوَزْنِ وَإِنْ خَلَطَهُ بِأَجْوَدَ مِنْهُ فَفِيهَا قَوْلاَنِ أَحَدُهُمَا لاَ سَبِيْلَ لَهُ إِلاَّ لأَنَّهُ لاَ يَصِلُ إِلَى مَالِهِ إِلاَّ زَائِداً بِمَالِ غَرِيمِهِ وَهُوَ أَصَحُّ وَبِهِ أَقُولُ وَلاَ يُشْبِهُ الثَّوْبَ يُصْبَغُ وَلاَ السَّوِيْقَ يُلَتُّ لأَنَّ هَذَا عَيْنُ مَالِهِ فِيهِ زِيَادَةٌ وَالذَّائِبُ إِذَا اخْتَلَطَ انْقَلَبَ حَتَّى لاَ يُوجَدَ عَيْنُ مَالِهِ وَالْقَوْلُ الثَّانِي أَنْ يَنْظُرَ إِلَى قِيمَةِ زَيْتِهِ وَالْمَخْلُوطِ بِهِ مُتَمَيِّزَيْنِ ثُمَّ يَكُونَ شَرِيكاً بِقَدْرِ قِيمَةِ زَيْتِهِ أَوْ يَضْرِبُ مَعَ الْغُرَمَاءِ بِزَيْتِهِ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) قُلْتُ أَنَا هَذَا أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ لأَنَّهُ جَعَلَ زَيْتَهُ إِذَا خُلِطَ بِأَرْدَأَ وَهُوَ لاَ يَتَمَيَّزُ عَيْنَ مَالِهِ كَمَا جَعَلَ الثَّوْبَ يُصْبَغُ وَلاَ يُمْكِنُ فِيهِ التَّمْيِيزُ عَيْنَ مَالِهِ فَلَمَّا قَدَّرَ عَلَى قِسْمِ الزَّيْتِ بِكَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ بِلاَ ظُلْمٍ قَسَّمَهُ وَلَمَّا لَمْ يُقَدِّرْ عَلَى قِسْمِ الثَّوْبِ وَالصَّبْغِ أَشْرَكَهُمَا فِيهِ بِالْقِيمَةِ فَكَذَلِكَ لاَ يَمْنَعُ خَلْطُ زَيْتِهِ بِأَجْوَدَ مِنْهُ مِنْ أَنْ يَكُونَ عَيْنُ مَالِهِ فِيهِ وَفِي قَسْمِهِ ظُلْمٌ وَهُمَا شَرِيكَانِ بِالْقِيمَةِ».

قال الماوردي: وصورة هذه المسألة أن يبيع زيتاً أو غيره من الأدهان أو الحبوب أو الأدقة فيخلطه المشتري بغيره ثم يفلس فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يخلطه بجنسه.

والثاني: بغير جنسه. فإن خلطه بغير جنسه كالزيت يخلطه بدهن البذر ودهن البان أو كدقيق البر يخلط بدقيق الشعير أو دقيق الأرز فقد بطل حقه من الرجوع بعين ماله كيلاً بعد اختلاطه، لأنه جنس لا يتميز فيصير مسترجعاً بغير ذلك الجنس. وهل يبطل حقه من ثمنه بعد اختلاطه؟ على وجهين:

أحدهما: أن حقه قد بطل من ثمنه أن يكون مقدماً به لأنه قد صار مستهلكاً ويضرب البائع مع الغرماء بثمنه ويباع ما اختلط على ملك المفلس في حقوق الغرماء كلهم ولا يختص البائع بشيء منه دونهم.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ـ أن حق البائع لا يبطل منه لوجود العين وإن لم يتميز فيباع الكل مختلطاً ويدفع إلى البائع ما قابل ثمن زيته وإلى غرماء المفلس ما قابل ثمن ما اختلط به. مثاله: أن يكون المبيع صاعاً من زيت يساوي درهمين فيخلطه المشتري بصاع من زيت يساوي درهماً فيباع ذلك مختلطاً ويدفع إلى البائع ثلثي ثمنه وإلى الغرماء ثلث ثمنه.

فصل: فإن خلطه بجنسه لم يخل حاله من أحد أمرين: إما أن يكون جنساً يجوز بيع بعضه ببعض كالزيت، أو جنساً لا يجوز بيع بعضه ببعض كالدقيق. فإن كان مما يجوز بيع بعضه ببعض كالزيت إذا خلطه بالزيت فلا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن يخلطه بمثله.

والثاني: أن يخلطه بأردأ منه.

والثالث: أن يخلطه بأجود منه فإن كان قد خلطه بمثله في الجودة أو الرداءة فللبائع أن يرجع بمكيلة زيته منه لوجود العين وإمكان تمييزها بالقسمة قال الشافعي رضي الله عنه فله أن يأخذ متاعه بالكيل أو الوزن. فاختلف أصحابنا في تأويله على وجهين:

أحدهما: أنه إن كان مما يكال قسمه بالكيل وإن كان مما يوزن قسمه بالوزن.

والثاني: أنه إن كان باعه بالكيل أخذه بالكيل وإن كان باعه بالوزن أخذه بالوزن لأن ما أصله الكيل يجوز أن يباع وزناً وما أصله الوزن يجوز أن يباع كيلاً إذا كان مبيعاً بغير جنسه فعلى التأويل الأول يكون الاعتبار في أخذه وقسمته بأصله في الكيل أو الوزن وعلى التأويل الثاني يكون الاعتبار في أخذه وقسمته ببيعه بالكيل أو الوزن فلو قال البائع لست آخذ مكيلة زيتي منه لاختلاطه بغيره ولكن بيعوا الجميع لآخذ ثمن زيتي من جملته ففيه وجهان:

أحدهما: ليس له ذلك لأنه يصل إلى حقه بأخذ مكيلته فكانت المطالبة ببيعه عنتاً.

والوجه الثاني: له مطالبتهم بالبيع لأن عين ماله بالاختلاط غير مميزة وإنما هو في التقدير أخذ لبدلها فلم يلزمه واستحق المطالبة بالمبيع ليتوصل به إلى حقه.

فصل: فإذا خلطه بأردأ من زيته فللبائع الرجوع به، لأن اختلاطه بما هو أردأ نقص لا يتميز كالهزال وللبائع أن يرجع بعين ماله ناقصاً واختلف أصحابنا في كيفية رجوع البائع. على وجهين:

أحدهما: وهو ظاهر نصه أنه يرجع بمكيلة زيته لا غير ويكون النقصان داخلاً عليه إن شاء الرجوع كما لو كان زيته متميزاً فتغير ونقصت قيمته كان له الرجوع به إن شاء ولا حق له في الرجوع بنقصه.

والوجه الثاني: أن يباع جميع الزيت ويقسم على قيمة الزيتين فيدفع إلى البائع ما قابل ثمن زيته وإلى غرماء المفلس ما قابل ثمن زيته. مثاله: أن يكون زيت البائع صاعاً يساوي درهمين وزيت المفلس صاعاً يساوي درهماً فيباع الصاعان ويدفع إلى البائع ثلثا الثمن وإلى غرماء المفلس الثلث الباقي وإنما كان كذلك لأن البائع إذا أمكنه الرجوع بحقه كاملاً لم يجز أن يرجع به ناقصاً كما لا يجوز أن يرجع به زائداً وفي قسمة ثمنه على قسمين انتفاء نقص يدخل على مال البائع وزيادة توجد في مال المفلس.

فصل: وإن خلطه بأجود من زيته ففيه قولان منصوصان:

أحدها: وهو اختيار المزني ـ أن حق البائع من الرجوع بماله باق لا يبطل إذا اختلط بأجود منه لأمرين:

أحدهما: أنه لما لم يبطل حقه من الرجوع إذا خلطه بأردأ منه وإن لم يتميز عين ماله عنه لأنه كالنقص الذي لا يتميز وجب أن لا يبطل حقه من الرجوع إذا خلطه بأجود منه وإن لم يتميز عين ماله عنه لأنه كالزيادة التي لا تتميز لأن ما حدث بالمبيع من زيادة لا تتميز كالحادث به من نقص لا يتميز في أن للبائع أن يرجع به بزيادته ونقصه،

والثاني: أنه لما كان صبغ الثوب لما كان مما لا يتميز منه ولا ينفصل عنه لا يمنع من استرجاع البائع له ويكون شريكاً في ثمنه مصبوغاً وكذا السويق إذا ألته بزيت لا يستخرج منه أن لا يمنع من استرجاع البائع له ويكون شريكاً في ثمنه ملتوتاً فأولى في الزيت إذا خلطه بجنسه مما هو أجود منه أن لا يمنع من استرجاع البائع له ويكون شريكاً فيه مختلطاً.

والقول الثاني: أنه قد بطل حق البائع من استرجاع ماله لأنه إن استرجع من الجملة مكيلة زيته استفضل زيادة غير مستحقة وأدخل بها على الغرماء مضرة فإن أخذ من المكيلة بقدر قيمة زيته صار معاوضاً عن صاع بنصف صاع وذلك رباً حرام فإذا لم يمكن الرجوع بالعين المبيعة بطل حق البائع منها وصار أسوة الغرماء فيها.

وفارق الزيت إذا خلطه بأردأ منه من وجهين:

أحدهما: أنه في أخذ مكيلته من الأردأ نقص يضر به ولا يضر بالغرماء وليس كذلك إذا خلطه بأجود منه.

والثـاني: أن الأدون تبع لـلأعلى فلم يسقط حق البائـع من الأعلى بمخالـطتـه الأدون وسقط حقه من الأدون بمخالـطة الأعلى لأن الأعلى متبوع وليس تبيـع. وأما الثـوب إذا صبغ والسويق إذا ألت فمخالف للزيت إذا اختلط بأجود منه من وجهين:

أحدهما: أن الثوب أصل ودخول الصبغ عليه تبع وكذلك السـويق أصل ولتـه بالـزيت تبع فلم يبطل استرجاع الأصل بحدوث البيع وليس كذلك الزيت لأنه خالطه ما صار تبعاً له.

والثـاني: أن عين الثوب والسـويق موجـودة وإن صار الصبـغ مجـاوراً للثـوب والـزيت مجـاوراً للسويق فجـاز الرجـوع بهما لبقـاء عينهما وليس كـذلـك الـزيت المختلط لأن عينـه مستهلكة.

فصل: فإذا ثبت توجيه القولين. فإن قلنا: إنه قـد بطل حقـه في الاسترجـاع كان أسـوة الغرماء يضرب معهم بثمنه ويباع الزيت المختلط في حقوق جميعهم وإن قلنا: إنـه على حقه من استرجاع ماله فإن أراد أن يباع الزيت المختلط في حقه وحق الغرماء فـذلك لـه فإذا كـان زيته صاعـاً يساوي درهمـاً والمختلط به صـاعـاً يسـاوي درهمين بيع ذلـك مختلطاً ودفع إلى البائع ثلثا ثمنه وإلى الغرماء ثلثي ثمنه فإن أراد أن يأخذ منه بقدر حقه كيلاً على قـدر القيمتين فيأخذ من الصاعين المختلطين وقيمتهما ثلاثة دراهم ثلثي صاع قيمته درهم ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحـاق المروزي أنـه لا يجوز، لأنـه يصير آخـذاً لثلثي صاع بدلاً من صاع وذلك رباً حرام.

والوجه الثاني: وهو ظاهر كلام الشافعي أنـه جائـز قال الشـافعي فليس ذلك بيـع صاع بثلثي صاع وإنما هو وضعه في مكيلة ونقصان من رأس ماله. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ كَانَ حِنْطَةً فَـطَحَنَهَا فَفِيهَـا قَوْلاَنِ أَحَـدُهُمَا وَبِهِ أَقُولُ يَأْخُذُهَا وَيُعْطِي قِيمَـةَ الطَّحْنِ لأَنَّـهُ زَائِدٌ عَلَى مَـالِهِ (قَـالَ) وَكَذَلِـكَ الثَّوْبُ يَصْبُغُـهُ أَوْ يُقَصِّرُهُ يَأْخُذُهُ وَلِلْغُرَمَاءِ زِيَادَتُهُ فَإِنْ قَصَّرَهُ بِأُجْرَةِ دِرْهَمٍ فَزَادَ خَمْسَةَ دَرَاهِمٍ كَانَ القَصَّـارُ شَرِيكـاً فِيهِ بِدِرْهَمٍ وَالْغُرَمَاءُ بِأَرْبَعَةِ دَرَاهِمٍ شُرَكَاءَ بِهَا وَبِيعَ لَهُمْ فَـإِنْ كَانَتْ أُجْـرَتُهُ خَمْسَـةَ دَرَاهِمٍ وَزَادَ دِرْهَماً كَانَ شَرِيكاً فِي الثَّوْبِ بِدِرْهَمٍ وَضَرَبَ مَعَ الْغُرَمَاءِ بِأَرْبَعَةٍ وَبِهَذَا أَقُولُ وَالْقَـوْلُ الآخَرُ أَنَّ القَصَّارَ غَرِيمٌ بِأُجْرَةِ القِصَارَةِ لأَنَّهَا أَثَـرٌ لاَ عَيْنٌ (قَالَ الْمُـزَنِيُّ) قُلْتُ أَنَا هَـذَا أَشْبَهُ بِقَـوْلِهِ وَإِنَّمَـا البَيَاضُ فِي الثَّوْبِ عَنِ القِصَارَةِ كَالسِّمَنِ عَنِ الطَّعَامِ وَالْعَلَفِ وَكِبَـرِ الودي عَنِ السَّقْيِ وَهُـوَ لاَ يَجْعَلُ الزِّيَادَةَ لِلْبَائِعِ فِي ذَلِكَ عَيْنَ مَالِهِ فَكَـذَلِكَ زِيَـادَةُ القِصَارَةِ لَيْسَتْ عَيْنَ مَـالِهِ وَقَـدْ قَالَ فِي الأَجِيرِ يَبِيعُ فِي حَانُوتٍ أَوْ يَرْعَى غَنَماً أَوْ يُرَوِّضُ دَوَابَّ فَالأَجِيـرُ أُسْوَةُ الْغُـرَمَاءِ فَهَـذِهِ الزِّيَـادَاتُ

عَنْ هَذِهِ الصِّنَاعَاتِ الَّتِي هِيَ آثَارٌ لَيْسَتْ بِأَعْيَانِ مَالٍ حُكْمُهَا عِنْدِي فِي القِيَاسِ وَاحِدٌ إِلَّا أَنْ تَخُصَّ السُّنَّةُ مِنْهَا شَيْئاً فَيُتْرَكُ لَهَا الْقِيَاسُ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل ابتاع حنطة فطحنها أو ثوباً فخاطه أو قصره ثم فلس فاختار البائع عين ماله فهل تكون الزيادة بالطحن والخياطة والقصارة كالأعيان المتميزة من ثمار النخل يملكها المشتري ولا يرجع بها البائع أو يكون كالآثار المتصلة من السمن والطول لا ينفرد بها المشتري ويرجع بها البائع فيه قولان منصوصان:

أحدهما: وهو اختيار المزني ـ أنها آثار يرجع بها البائع ولا ينفرد بها المشتري ووجهه شيئان ذكرهما المزني.

أحدهما: وهو أن الطحن والخياطة والقصارة هي آثار غير متميزة لأن الطحن تفريق أجزاء مجتمعة والخياطة تأليف أجزاء متفرقة والقصارة إزالة كهد[1] من لونه فكانت كتعليم العبد صنعة أو خطاً وأسوأ من حدوث السمن والكبر حالاً، لأن السمن والكبر أعيان متصلة والطحن والقصارة أعيان متميزة فلما كان السمن الحادث في الغنم برعي الراعي والكبر الحادث في الودي بسقي الساقي لا تكون أعياناً ينفرد المشتري بملكها ويرجع الأجير عند فلسه بها فالطحن والقصارة أولى أن لا تكون أعياناً ينفرد بها المشتري ويملكها ويرجع الأجر عند فلسه بها بل تكون آثاراً يرجع بها البائع مع عين ملكه.

والثاني: أن ما كان في حكم الأعيان المتميزة لم يستحقه المغصوب إذا أخذه الغاصب كالصبغ فلما كان الغاصب لو غصب حنطة فطحنها أو ثوباً فقصره ثم استحقه المغصوب لم يرجع الغاصب بالطحن والقصارة كما لا يرجع بالسمن والكبر كذلك في الفلس.

والقول الثاني: أن الطحن والخياطة والقصارة في حكم الأعيان المتميزة يملكها المشتري ولا يرجع بها البائع ووجهه شيئان:

أحدهما: أن الطحن والقصارة إحالة صفة إلى غيرها كالصبغ لأنه إحالة لون إلى غيره فلما كان الصبغ في حكم الأعيان المتميزة يملكها المشتري ولا يرجع بها البائع كذلك الطحن والقصارة.

والثاني: أن الطحن والقصارة أمور تنسب إلى فاعلها ويجوز أن يفرد عقد الإجارة بها فيستأجره على الطحن والقصارة فجرى مجرى الأعيان في أن ليس للبائع أن يرجع بها وخالف سمن الغنم الذي لا ينسب إلى الراعي وكبر الودي الذي لا ينسب إلى الساقي ولا يجوز أن يفرد عقد الإجارة به ولا أن يستأجره على سمن الغنم وكبر الودي وهذا استدلال

---

(١) كذا في الأصل.

وجواب فأما الغاصب فإنما لم يرجع بالطحن والقصارة لأنه أحدث ذلك في غير ملكه وهو متعد به وليس كذلك المشتري .

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين فإن قلنا بالأول منهما وأنهما آثار في حكم النماء الذي لا يتميز من السمن والكبر فللبائع أن يأخذ حنطته دقيقاً مطحوناً وثوبه مخيطاً ومقصوراً ولا شيء له في الطحن والخياطة إذا لم يخطه بخيوط له وللطحان والخياط أن يرجعا بأجرتهما على المشتري يضربان بها مع الغرماء وإذا قلنا بالقول الثاني أنها في حكم الأعيان المتميزة كالثمرة يملكها المشتري ولا يرجع بها البائع فلا يخلو حال الطحن والقصارة من أحد أمرين أما أن تكون بفعل المشتري وعمله أو تكون بعمل أجير قد استأجره على عمله فإن كان المشتري هو الذي تولى عمل ذلك بنفسه فلا يخلو عين المال بعد حدوث العمل فيه من ثلاثة أحوال أحدها: أن يكون العمل لم يؤثر فيه زيادة ولا نقصان مثل أن يشتري ثوباً يساوي عشرة ويقصره فيسوى بعد القصارة عشرة فالعمل قد صار مستهلكاً وللبائع أن يأخذ ثوبه مقصوراً ولا شيء عليه والحال الثانية أن يكون العمل فيه قد نقص من قيمته مثل أن يشتري ثوباً يساوي عشرة ويقصره، فيسوى بعد القصارة ثمانية فقد استهلك العمل ونقص الثوب فيقال للبائع هذا نقص لا يتميز فلك أن تأخذ الثوب بجميع الثمن أو تضرب مع الغرماء به والاعتبار بزيادته ونقصه بقيمته لا بثمنه، لأن الثمن قد يزيد على القيمة وينقص والحال الثالثة أن يكون العمل قد زاد في قيمته مثل أن يشتري ثوباً يساوي عشرة ويقصره فيساوي بعد القصارة خمسة عشر فالزيادة للمشتري ـ وهي ثلثه ـ فيصير شريكاً للبائع بها في الثوب فلا يلزم دفعه إلى واحد منهما أما البائع فلحق المشتري فيه وأما المشتري فلملك البائع له ويوضع على يد عدل حتى يباع فيعطي البائع ثلثي ثمنه قل الثمن أو أكثر ويكون للمشتري ثلث الثمن يدفعه إلى غرمائه قل الثمن أو كثر فهذا حكم العمل إذا كان المشتري قد تولاه بنفسه وأما إذا كان المشتري قد استأجر أجيراً على عمله. فلا يخلو أيضاً حال الثوب من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون لم يؤثر فيه العمل زيادة ولا نقصان وكان يساوي قبل القصارة عشرة ويساوي بعد القصارة تلك العشرة فيكون العمل مستهلكاً ويرجع البائع بالثوب مقصوراً ويضرب القصار بأجرته مع الغرماء لاستهلاك عمله. فإنه قيل فإذا كان العمل كالعين فهلا كان القصار والبائع شريكين في الثوب بقيمة العمل وقيمة الثوب؟ قلنا: إنما يكون كالعين إذا كان لقيمته تأثير في الثوب فأما مع عدم تأثيره فيصير مستهلكاً.

والحال الثانية: أن تكون القصارة قد نقصت من قيمة الثوب فللبائع أن يرجع بالثوب مقصوراً بجميع الثمن إن شاء أو يضرب مع الغرماء بثمنه وللقصار أن يضرب مع الغرماء بأجرته سواء أخذ البائع ثوبه أو تركه لأن عمل القصار صار مستهلكاً.

والحال الثالثة: أن تكون القصارة قد زادت في قيمة الثوب لأنه كان يساوي قبل القصارة عشرة فصار يساوي بعد القصارة خمسة عشر فالزيادة بها قدر الثلث فيكون المشتري شريكاً للبائع في الثوب بثلث ثمنه ثم ينظر في أجرة القصار فلا تخلو من ثلاثة أحوال:

إما أن تكون بقدر الزيادة أو تكون أقل منها أو تكون أكثر منها. فإن كانت أجرته بقدر الزيادة ـ خمسة ـ فله أن يرجع بالزيادة لأنها كالعين له فيصير القصار شريكاً للبائع في الثوب بثلث ثمنه ولا يسلم إلى واحد منهما حتى يباع فيعطي صاحب الثوب ثلثي الثمن والقصار ثلث الثمن. فإن قيل فهلا كان للقصار أن يحبس الثوب بيده على قبض أجرته؟ قلنا: ليس للقصار ذاك لا مع المفلس ولا مع غيره، لأن حقه في العمل لا في الثوب وليس لصاحب الثوب أن يأخذه، لأن العمل محتبس بأجرته ولكن يوضع على يد عدل يحبسه للقصار على أجرته وينوب عن مالك الثوب في حصول اليد على ثوبه، وإن كانت أجرة القصار أقل من الزيادة فكانت أجرته درهمين ونصف والزيادة خمسة صار في الثوب مقصوراً ثلاثة شركاء فالبائع شريك فيه بثلثي ثمنه لأن قيمة ثوبه عشرة من جملة خمسة عشر والقصار شريك فيه بسدس ثمنه لأن قدر أجرته درهمان ونصف من خمسة عشر والمفلس شريك فيه بسدس ثمنه لأن الفاضل من قيمة الثوب مقصوراً بعد قيمته وأجرته درهمان ونصف فإن قيل فهلا كان للقصار أن يرجع بجميع الزيادة لأنها عين ماله؟ قيل: هي وإن كانت في حكم العين له فقد أسقط حقه منها حين رضي بالأجرة المقدرة ثم لا يسلم الثوب إلى واحد من الثلاثة لحق الآخرين فيه ويكون موضوعاً على يد عدل ليباع ويقسم ثمنه على ما وصفنا وتدفع حصة المفلس إلى الغرماء، وإن كانت أجرة القصار أكثر من الزيادة فكانت أجرته عشرة والزيادة خمسة كان القصار شريكاً للبائع في الثوب بقدر الزيادة وذلك الثلث وللبائع الثلثان ثم يضرب القصار بباقي أجرته وهو خمسة مع الغرماء. فإن قيل: فإذا كانت الزيادة هي عين ماله فهلا أخذها بجميع أجرته؟ قيل: لأنه لما لم يستحقها زائدة لم يقتصر عليها ناقصة، لأن أجرته مقدرة ـ وكذا الجواب في الطحان والخياط على هذا المثال ـ وهكذا إذا اشترى ساجة فعملها باباً أو ذهباً فصاغه حلياً أو صفراً فضربه إناء أو غزلاً فنسجه ثوباً فالقول في جميعه على ما مضى.

فصل: فأما إذا اشترى ثوباً فصبغه لم يكن للبائع حق في صبغه قولاً واحداً لأن الصبغ عين جاوزت الثوب وحلت فيه وإذا كان كذلك لم يخل حال الصبغ من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون البائع قد اشتراه منه مع الثوب.

والثاني: أن يكون لأجنبي قد اشتراه منه.

والثالث: أن يكون لنفسه فإن كان قد اشترى الصبغ من بائع الثوب. مثاله: أن يشتري ثوباً يساوي عشرة وصبغاً يساوي عشرة فلا يخلو حال الثوب مصبوغاً من ثلاثة أحوال:

أحدها: إما أن تكون قيمته لم تزد على قيمة الثوب والصبغ أو تكون قد زادت أو تكون قد نقصت فإن كانت قيمته لم تزد ولم تنقص وكان يساوي بعد الصبغ عشرين درهماً فالعمل قد صار مستهلكاً وللبائع أن يرجع بثوبه مصبوغاً وإن كانت قد نقصت قيمته بعد الصبغ فصار يساوي خمسة عشر فالعمل قد صار مستهلكاً وقد نقص الثوب والصبغ نقصاً لا يتميز فيكون للبائع الخيار في أن يأخذه مصبوغاً بجمع الثمنين وذلك عشرين درهماً أو يضرب مع الغرماء بها فإن كان قد زادت قيمته مصبوغاً فصار يساوي بعد الصبغ ثلاثين درهماً فإن قلنا: إن العمل يجري مجرى الآثار دون الأعيان كان للبائع أن يرجع به زائداً ولا حق للمفلس فيه وإن قلنا أن العمل يجري مجرى الأعيان كانت الزيادة للمفلس يشارك البائع بها في الثوب فيصير شريكاً في ثلث الثوب والبائع شريكاً في ثلثي الثوب وإن كان الصبغ لآخر غير بائع الثوب لم يخل حال الثوب بعد الصبغ من أن يكون قد زاد أو نقص أو لم يزد ولم ينقص وإن كان لم يزد ولم ينقص وذلك بأن يكون قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة فصارت قيمته مصبوغاً عشرين فالعمل مستهلك وبائع الثوب وبائع الصبغ نظيران شريكين فيه نصفين فبائع الثوب شريك بنصفه وإن نقصت قيمته فصار بعد الصبغ يساوي خمسة عشر فهذا النقصان قدره خمسة وهو داخل على الصبغ دون الثوب لأن عين الثوب لم تنقص ولأن عين الصبغ تبع للثوب بدخوله عليه فيقال لصاحب الصبغ: قد نقص عين مالك نقصاً لا يتميز فإن اخترت الرجوع به ناقصاً صرت شريكاً للبائع بثلث ثمنه ولا شيء لك غيره، وإن لم تختر ضربت مع الغرماء بثمن صبغك وكان المفلس شريكاً لبائع الثوب بثلث ثمنه وبيع الثوب مصبوغاً في حقها، وإن زادت قيمة الثوب مصبوغاً فصار يساوي ثلاثين درهماً - فإن قيل إن العمل يجري مجرى الآثار فلا حق للمفلس في هذه الزيادة ويكون الثوب بين بائع الثوب وبائع الصبغ نصفين فتعود الزيادة عليهما، وإن قيل أن العمل يجري مجرى الأعيان كانت الزيادة للمفلس وصار شريكاً بها في الثوب فيصير بائع الثوب شريكاً في ثلثه وبائع الصبغ شريكاً في ثلثه والمفلس شريكاً في ثلثه وإن كان الصبغ للمفلس إن كانت قيمة الثوب لم تزد ولم تنقص بأن كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة وقيمته مصبوغاً عشرين فهما شريكان فيه لكل واحد منهما نصفه وإن كانت قيمته قد نقصت فصار يساوي بعد الصبغ خمسة عشر فالنقص داخل على المفلس مالك الصبغ لما ذكرنا ويصير شريكاً في الثوب بالثلث وإن كانت قيمته قد زادت فصار يساوي مصبوغاً ثلاثين فإن قيل إن العمل يجري مجرى الآثار فالزيادة بينهما ويكونان في الثوب شريكين لكل واحد منهما النصف، وإن قيل إن العمل جار مجرى الأعيان

فالزيـادة للمفلس بحق عمله ويصير شـريكاً في الثـوب وصار شـريكاً في الثـوب فيصير بـائع الثوب شريكاً في ثلثه وبـائع الصبـغ شريكـاً في ثلثه والمفلس شـريكاً في ثلثـه وكان الصبـغ للمفلس فإن كانت قيمة الثوب لم تزد ولم تنقص، فإن كانت قيمة الثـوب عشرة وقيمـة الصبغ عشرة وقيمته مصبوغاً عشرين فهما شريكان فيه لكل واحد منهما نصفـه وإنت كانت قيمتـه قد نقصت فصارت تساوي بعد الصبغ خمسة عشرة فالقصر داخل على المفلس مالك الصبغ لما ذكرنا ويصير شريكاً في الثوب بالثلث وإن كانت قيمته قد زادت فصار يساوي مصبوغاً بثلاثين فإن قيل إن العمل يجري مجرى الآثار فزيادتها بينهما فيكونان في الثوب شريكين لكـل واحد منهمـا النصف وإن قيل إن العمـل يجري مجـرى الأعيان فـالزيـادة للمفلس بحق عمله بثمن الصبغ وبالزيادة ويكون ثلثي الثمن للمفلس وثلثه للبائع.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ تَبَايَعَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثاً فَفَلَّسَا أَوْ أَحدُهُمَـا فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِجَازَةُ البَيْعِ وَرَدُّهُ دُونَ الغُرَمَاءِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِبَيْعٍ مُسْتَحْدَثٍ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا باع سلعة بخيار ثلاثة أيـام ثم حجر عليـه بالفلس في مدة الخيار كان على خياره في الرد والإجازة من غير اعتراض للغرماء عليه وإن فسخ جاز وإن كـان الحظ في الإجازة وإن أجـاز صح وإن كـان الحظ في الفسخ سـواء قلنا إن البيـع قد تم بنفس العقد أو لا يتم إلا بالعقد ويقضي الخيار هـذا منصوص الشـافعي رحمه الله، ومـا عليه جمهور أصحابه، لأن تأثير الحجر إنما يكون في المنع من العقود المستحدثة بعده فأما العقود المتقدمة فلا تأثير للحجر فيها والفسخ في هذا العقد والإمضاء فيه إنمـا هو بعقـد متقدم وقـال أبو علي بن أبي هريرة رضي الله عنه: إن اختار الأحظ من الإجازة أو الفسـخ صح وإن اختـار ما لا حظ فيه بأن أجاز البيع وكان مغبـوناً لم يجـز وإن للغرمـاء فسخه عليـه لما فيـه من إدخال الضرر عليهم بنقص الغبينة التي يمكن استدراكها إلا على القول الذي يزعم فيه أن الملك قد انتقل بنفس العقد وهكذا لو فسخ المفلس وكان غابناً لم يجز وكان للغرماء إجـازة البيع عليـه لما فيه من استيفاء ملكه على الزيادة التي قد ملكها بعقده إلا على القول الـذي يزعم فيـه أن الملك لا يتم إلا بالعقد وتقضي الخيار. وهذا القول لا وجه له لما ذكـرنا من أنـه يفعل ذلـك بحق عقد تقدم على الحجر وليس للحجر تأثير فيه ولا للغرماء اعتراض عليـه، ولأن في ذلك إجباراً على تمليك مال لم يستقر ملكه عليه فلم يصح إجباره عليـه كما لا يصـح إجباره على قبض هبة قد قبلها ـ وهكذا لو وقع الحجر على المشتري في زمان الخيار كـان على خياره في الفسخ والإجازة ولا يجبر على أحظ الأمرين له، وعلى قول أبي علي بن أبي هريرة يجبر على أحظ الأمرين وإن كان أحظهما الفسـخ ـ لأنه كـان مغبونـاً ـ أجبر على الفسـخ إلا أن يقال إن

الملك قد انتقل بنفس العقد وإن كان أحظهما الإجازة ـ لأنه كان غائباً ـ أجبر على الإجازة إلا أن يقال إن الملك لا يتم إلا بالعقد وتقضي الخيار. وهو كما ذكرنا غير صحيح والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَخَذَهُ دُونَ صِفَتِهِ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لَهُ إِلَّا أَنْ يَرْضَى الغُرَمَاءُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا أسلم الرجل سلماً فحل السلم بعد الحجر عليه بالفلس فقبضه دون صفته: وهو أن يكون قد أسلم في طعام حديث فقبض عتيقاً أو في جيد فأخذ رديئاً فلا يجوز له ذلك ما لم يرض غرماؤه به، لأن قبضه دون صفته نقص يدخل على الغرماء في حقوقهم، لأن نقص الصفة كنقص العين فإن رضي الغرماء بقبضه دون صفته جاز لأن المفلس تام الملك بدليل أن الزكاة تجب في ماله وإنما الحجر واقع عليه لحقوق الغرماء فإذا رضوا بالنقص الداخل عليهم جاز فلو وهب المفلس مالاً يرضى به غرماؤه ففيه قولان:

أحدهما: يجوز كنقص الوصف.

والثاني: لا يجوز، والفرق بينهما أن قبض السلم دون صفته مسامحة في عقد تقدم الفلس فصح منه مع رضا الغرماء اعتباراً بعقد ما مضى والهبة في الفلس عقد مبتدأ واستهلاك مال مستأنف فلم يصح مع رضا الغرماء لأنه قد يكون له عنه غائب لم يرض به.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَسْلَفَهُ فِضَّةً بِعَيْنِهَا فِي طَعَامٍ ثُمَّ فَلَّسَ كَانَ أَحَقُّ بِفِضَّتِهِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل أسلم فضة في طعام موصوف ففلس المسلم إليه فلا يخلو حال الفضة التي كانت ثمناً من أحد أمرين: إما أن تكون باقية أو مستهلكة فإن كانت الفضة باقية في يد المفلس، فللمسلم أن يرجع بها لأمرين:

أحدهما: أنه لما جاز أن يرجع بعين ماله إذا كان مثمناً جاز أن يرجع بعين ماله إذا كان ثمناً.

والثاني: أنه لما جاز بالفلس فسخ البيع المنبرم فأولى أن يجوز به فسخ السلم الذي ليس بمنبرم وإن كانت الفضة مستهلكة فهل يستحق بحدوث الفلس خياراً في فسخ السلم أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي ـ له الخيار في فسخ السلم، لأنه لما استحق بالفلس خيار الفسخ بتعجيل الثمن وتأخير المثمن استحقه بتعجيل الثمن وتأخير المثمن.

والوجه الثاني: وهو أصح وبه قال الجمهور ـ أنه لا خيار له في الفسخ لأن الفسخ

بالفلس إنما يستحق إذا ارتفع به الضرر عن البائع في استرجاع عين ماله حتى لا يزاحمه الغرماء ويصل إلى جميع حقه وفسخ السلم لا يستفاد به هذا المعنى لأنه يشارك الغرماء به إذا فسخ كما يشاركهم إذا لم يفسخ فالضرر لاحق به في الحالين فلم يكن لفسخه معنى. فإذا قيل بالوجه الأول عنه يستحق الفسخ فهو بالخيار بين أن يقيم على السلم ويضرب مع الغرماء بقيمة الطعام وبين أن يفسخ السلم ويضرب مع الغرماء بالثمن وإذا قيل بالوجه الثاني: فإنه يضرب مع الغرماء بقيمة الطعام وهو أن يقوم الطعام الذي أسلم فيه على صفته وقدره بسعر وقته فإذا بلغت قيمته ألفاً صار حقه ألفاً فيضرب بها مع الغرماء فإذا خرج قسطه بمزاحمة الغرماء خمسمائة لأن مال المفلس بإزاء نصف ديونه لم يدفع إليه الدراهم واشترى له بها طعاماً، لأن قبضه للدراهم بيع للطعام قبل قبضه وذلك غير جائز فيولي الحاكم شراء الطعام له بالخمسمائة فربما اشترى بسعر ما قوم فيحصل له نصف طعامه وربما اشترى بأزيد من القيمة لغلاء السعر فيحصل له أقل من النصف وربما اشترى بأنقص من القيمة لرخص السعر فيحصل له أكثر من النصف فيحسب عليه من طعامه قدر ما قبض بالشراء من زيادة ونقص دون ما قوّمه به حين ضرب مع الغرماء بقيمته وكان ما بقي أن يبقى ديناً له عليه في ذمة المفلس على ما يستفيده من المال فيما بعده. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَكْرَى دَاراً ثُمَّ فَلَّسَ الْمُكْرَى فَالْكِرَاءُ لِصَاحِبِهِ فَإِذَا تَمَّ سُكْنَاهُ بِيعَتْ لِلْغُرَمَاءِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا استأجر داراً أو عبداً ثم أفلس المؤجر أو رب الدار دون المستأجر فالإجارة على حالها والمستأجر أحق بالدار إلى انقضاء مدة إجارته لأمرين:

أحدهما: أن عقد الإجارة قد أزال ملك المؤاجر عن المنفعة إلى المستأجر وحجر المفلس إنما يؤثر فيما لم تزل ملكية المفلس عنه ولا يؤثر فيما زال عنه كما لو باع شيئاً قبل فلسه لم يؤثر حدوث فلسه لزوال ملكه عنه.

والثاني: أن حق المستأجر قد تعلق بالعين المستأجرة وحقوق الغرماء تعلق بالذمة فكان تقدم ما تعلق بالعين أولى كالرهن فإذا تقرر أن المستأجر أولى فلا حق له في الفسخ بفلس المؤاجر، لأنه ممكن من استيفاء حقه من غير فسخ فإذا ثبت هذا وأن الدار مقرة في يد المستأجر إلى انقضاء المدة نظر فإن رضي الغرماء بتأخير بيع الدار حتى تنقضي مدة إجارتها ليتوفر عليهم ثمنها بعد تقضي الإجارة فذاك أولى وإن سألوا بيعها في الحال ليقسم ثمنها فيهم جاز بيعها على المستأجر قولاً واحداً لأنه ليس معه حائل يمنع من التسليم كما يجوز بيع الشيء المغصوب على الغاصب وإن لم يجز ذلك على غيره، لأن ليس دونه حائل يمنع من

ردّه وكما يجوز لمن استأجر داراً سنة أن يستأجرها ثانية وإن لم يجز ذلك لغيره ذكرنا فأما بيعها من غير المستأجر ففيه قولان:

أحدهما: أنه باطل وهو قول أبي حنيفة لأمرين:

أحدهما: أن يد المستأجر تحول بين المشتري وبين الدار المبيعة فكان البيع باطلاً كالمغصوب.

والثاني: أنه يصير مستثناً لمنافع ما باعه ولو استثنى منافع ما باعه شهراً بالشرط لم يجز، فكذلك إذا كان مستثنياً بعقد الإجارة لم يجز، لأنه لا فرق بين أن يكون مسلوب المنفعة بالشرط أو بالعقد.

والقول الثاني: أن البيع صحيح والإجارة بحالها لأمرين:

أحدهما: أن عقد الإجارة يتناول المنفعة دون الرقبة وعقد البيع يتناول الرقبة دون المنفعة فلم يمتنع أن يكون عقد البيع واقعاً على رقبة مستحقة المنفعة كالأمة المزوجة والعبد الموصي بخدمته.

والثاني: أنه لما جاز بيع النخل إذا كانت عليها ثمرة مؤبرة للبائع وإن كانت مستحقة المنافع جاز بيع الدار إذا كانت مستحقة المنفعة بعقد الإجارة فكان أولى لأن مدة الإجارة معلومة ومدة بقاء الثمرة غير معلومة.

فصل: فإذا تقرر وجود القولين. فإن قلنا بصحة البيع فالمشتري إن لم يكن عالماً بعقد الإجارة مخير بين المقام أو الفسخ وعليه إن أقام تمكين المستأجر منها إلى انقضاء المدة وإن قلنا ببطلان البيع رد الثمن على المشتري وكانت الدار في يد المستأجر حتى إذا انقضت مدة إجارته بيعت في حقوق الغرماء، ولو انهدمت الدار قبل انقضاء المدة لزمت الإجارة فيمامضى على الصحيح من المذهب ـ واستقر عليه الأجرة بقسطه وبطلت الإجارة فيما بقى واسترجع من الأجرة بقسطه، فإن كان ذلك قبل أن يقسم مال المفلس بين غرمائه شاركهم فيه وضرب معهم بقدر ما بقى من الأجرة فإن كان ذلك ـ أعني: انهدام الدار ـ بعد قسمة ماله بين غرمائه ففيه وجهان:

أحدهما: أن القسمة ماضية ويكون ما استحقه المستأجر من أجرة ما بقى من المدة ديناً في ذمة المفلس على ما يستفيده من بعد القسمة لأنه حق ثبت بعد القسمة

والوجه الثاني: : أنه تنقض القسمة ليضرب المستأجر بباقي أجرته مع الغرماء كما تنقض القسمة إذا ظهر له غريم لم يعلم به وإنما كان كذلك، لأن رجوعه بباقي الأجرة إنما هو

مستحق بما تقدم من عقد الإجارة فجرى مجرى من تقدم حقه من الغرماء. وهو أن الوجهين ينبغي أن يكون تخريجهما من اختلاف قوليه فيما ملكه المستأجر من الأجرة هل يكون ملكاً مستقراً أو مراعاة. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَكْرَاهُ سَنَةً وَلَمْ يَقْبِض الْكَرَاءَ ثُمَّ فَلَّسَ الْمُكْتَرِي كَانَ لِلْمُكري فَسْخُ الكِرَاءِ».

قال الماوردي: قد مضى الكلام في هذه المسألة إذا فلس مستأجر الأرض وكان مستأجر الدار مثله. فإذا استأجر داراً سنة ثم فلس لم يخل حال الأجرة من ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن يكون أقبض جميعها فلا خيار للمؤاجر لاستيفاء حقه كما لا خيار للبائع إذا قبض جميع الثمن والواجب أن يؤاجر الدار ما بقي من مدة إجارتها فتكون الأجرة موقوفة لتمضي المدة سليمة خوفاً من استحقاق استرجاعها بانهدام الدار قبل تقضي إجارتها. فإذا مضت المدة سليمة قسمت الأجرة حينئذٍ بين الغرماء

والحالة الثانية: : أن تكون الأجرة بكمالها باقية على المستأجر فللمؤاجر الخيار في فسخ الإجارة واسترجاع الدار المؤاجرة بجميع الأجرة أو المقام عليها ومساهمة الغرماء بأجرتها فإن أقام على الإجارة وجب إجارة الدار ما يبقى من مدة الإجارة وقسم أجرتها بعد مضي المدة بين جميع الغرماء ويكون المؤاجر أسوتهم فإن قيل هلا اختص المؤاجر بجميع هذه الأجرة لأنها عين ماله؟ قيل ليست الأجرة عين ماله وإنما المنفعة عين ماله والأجرة بدل منها فصار بمثابة بائع السلعة إذا اختار إمضاء البيع فإذا بيعت السلعة لم يختص البائع بثمنها بل كان فيه أسوة الغرماء، لأنه بدن من عين ماله كذلك الأجرة

والحال الثالثة: أن يكون المستأجر قد أقبض بعض الأجرة وبقي بعضها فلا فسخ للمؤاجر فيما قبض أجرته من المدة وعليه المقام إلى انقضائها وله الفسخ فيما لم يقبض أجرته من المدة فإن اختار الفسخ استرجع الدار بعد انقضاء ما قابل المقبوض من المدة بما بقى من الأجرة فإن اختار الإمضاء أقام على الإجارة إلى انقضاء مدتها وضرب مع الغرماء بباقي الأجرة ووجب إجارة الدار بما بقى من المدة لنقسم الأجرة بين غرماء المفلس عند انقضاء تلك المدة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَسَّمَ الحَاكِمُ مَالَهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ ثُمَّ قَدِمَ آخَرُونَ رَدَّهُ عَلَيْهِمْ بِالحِصَصِ»

قال الماوردي: وهذا صحيح وينبغي للحاكم أن لا يعجل بقسم مال المفلس إلا بعد البحث عن جميع غرمائه ويشهر في الناس أمره ليعلم به الغائب فإنه قد ربما كان له غريم غائب لا يعلم بحاله في الغيبة فإذا توقف وبحث ولم يعلم له غريماً غير من حضر منهم قسم حينئذٍ ماله بينهم وليس للحاكم أن يكلف الغرماء إقامة البينة أن لا غريم له سواهم. فإن قيل أليس الحاكم لا يجوز أن يقسم تركة الميت بين ورثته إلا أن يقيموا البينة أن لا وارث له سواهم فهلا كان الغرماء كذلك؟ قلنا: الفرق بين الوارث والغريم أن الوارث لا يستحق جميع التركة إلا أن لا يكون للميت وارث سواه فلم يجز أن يحكم له بجميع المال إلا أن يقيم البينة باستحقاقه لجميعه والغريم مستحق لجميع دينه إلا أن تقوم البينة بأن له غريماً سواه فلما لم تقم البينة جاز الحكم له به ولم يجز أن يصرف بالشك عن حقه يوضح معنى الفرق بينهما أن بعض الورثة لو عفا عن حقه من التركة لم يرد ذلك على من سواه من الورثة، لأنهم قد استوفوا حقوقهم ولو عفا أحد الغرماء عن حقه رد ذلك على من سواه من غرمائه لأنهم لم يكونوا قد استوفوا بتلك القسمة حقوقهم والله أعلم.

فصل: فإذا قسم الحاكم مال المفلس بين غرمائه عند ظهور أمره واجتماع ماله ثم حضر له غريم آخر قامت له البينة بدينه وجب أن يشاركهم فيما أخذوه وقال مالك: لا حق له فيما مضى بالقسمة ويكون حقه باقياً في ذمة المفلس على ما يحدث له من مال قال، لأن قسمة الحاكم مال المفلس حكم منه نفذ عن اجتهاد فلم يجز نقضه باجتهاد. والدلالة على فساد هذا القول هو أن حجر المفلس إنما وقع لجميع غرمائه وقسم بالله إنما يستحق بقدر ديونه كما أن مال الميت منتقل إلى جميع ورثته ومقسوم بقدر فرائضهم من تركته فلو كان قسم الحاكم مال الميت بين ورثته ثم حضر وارث كان غائباً نقض القسمة واستأنفها بين جميع الورثة وجب إذا قسم مال المفلس بين غرمائه ثم حضر غريم كان غائباً أن ينقض القسمة ويستأنفها بين جميعهم لأنه في الحالين بمنزلة الحاكم إذا أمضى الحكم باجتهاد خالف فيه نصاً كان حكمه بالاجتهاد منقوضاً، ولأن الغرماء قد استحقوا ديونهم من مال المفلس إذا كان حياً كما استحق ديونهم من تركته إذا كان ميتاً فلما كان لو قسم تركة المفلس بعد موته بين من علم من غرمائه ثم حضرقسم كان غائباً نقض تلك القسمة وشاركهم الغائب بقدر دينه وجب إذا قسم مال الحي ثم حضر غائب أن يشاركهم فلا يسقط بالقسمة حقه معهم، ولأن الغرماء شركاء في مال المفلس كالشركاء في الرهن ثم كان الرهن لو قسم ثمنه من يستحقه من مرتهنه فمن حضر لم يسقط منه حق من غاب وشاركهم فيه إذا حضر فكذلك الغرماء إذا اقتسموا مال المفلس ثم حضر غائب وجب أن يشاركهم فيه فأما استدلال مالك بأنه حكم من الحاكم نفذ باجتهاد فلم يجز أن ينقض باجتهاد. فهو أننا نقضناه بنص لأن استحقاق الغائب بحضوره

كالنص والاجتهاد منقوض بالنص فإذا ثبت أن الغريم الغائب يشارك الحاضرين فيما أخذوه ففي كيفية رجوعه عليهم وجهان

أحدهما: أن القسمة الأولى تنقض ثم يستأنفها الحاكم بعد دخول الغائب فيهم، لأن القسمة الأولى لما تقدمت قبل وقتها بطلت،

والوجه الثاني: وهو ظاهر منصوصه ـ أن القسمة الأولى مقرة على حالها، ويرجع هذا الغائب على كل واحد منهم بقسط دينه ولا تبطل القسمة فيما سواه. مثاله: أن تكون ديون الغرماء الحاضرين خمسة آلاف ودين هذا الغائب ألفاً فتصير جميع الديون ستة آلاف. فيكون لهذا الغائب أن يرجع على كل واحد من الحاضرين بسدس ما في يده لأنه بقسط دينه ويبقى في يد كل واحد منهم خمسة أسداس ما قبضه ملكاً له بالقسمة الأولى فإنما لم تبطل جميع القسمة لأن ما سوى حق الغائب موضوع في حقه فلم يكن لفسخ القسمة واستئنافها من بعد وجه.

فصل: إذا قسم الحاكم مال المفلس بين غرمائه ثم وجد له بعد فك الحجر عنه مالاً كان أخفاه، فجميع تصرفه فيه بعد فك الحجر عنه باطل مردود، لأن الحجر لم ينفك عن هذا المال ثم يستأنف الحاكم قسمه بين الغرماء فيما بقى من ديونهم ولا يتعرض لنقض القسمة الأولى لا يختلف فلو ظهر للمفلس بعد فك الحجر عنه مال متقدم واستفاد مالاً حادثاً وظهر له غريم غائب وحدث له غريم مستحدث فالمال المتقدم لا حق فيه لمن حدث من الغرماء ويكون بين الأولين والغائب فإن كان بقسط دين الغائب فإذا قيل إن القسمة الأولى قبل حضور الغائب تكون باطلة ضم الحاكم ما وجد من المال الذي كان متقدماً إلى ما بأيدي الغرماء بالقسمة ثم استأنفها بينهم وبين الغائب وإن قيل أن القسمة الأولى لا تبطل دفع هذا الموجودإلى الغريم الغائب فإن كان بقدر ما يستحقه من قسط دينه منه أقرت القسمة الأولى على حالها وإن كان أكثر دفع إليه قسطه منه ورد فاضله على الأولين وإن كان أقل أخذه كله ثم استرد من كل واحد منهم بقدر ما بقى من قسط دينه ثم يستأنف الحاكم قسمة المال الذي استحدث ملكه بعد فك الحجر عنه بين جميع الغرماء المتقدمين والمستحدثين. (والله أعلم).

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا أَرَادَ الحَاكِمُ بَيْعَ مَتَاعِهِ أَوْ رَهْنَهُ أَحْضَرَهُ أَوْ وَكِيلَهُ لِيُحْصَى ثَمَنْ ذَلِكَ فَيَدْفَعْ مِنْهُ حَقَّ الرَّهْنِ مِنْ سَاعَتِهِ» قال الماوردي: وهذا صحيح وإنما يختار الحاكم احضار المفلس بيع متاعه لمعان:

أحدهما: أنه أعرف بأثمانها فلا يلحقه غبن.

والثاني: لتولي العقد بنفسه من غير إجبار فيكـون المشتري فيـه أرغب ونفس البائـع به أطيب.

والثالث: أن يعلم قدر ما حصل من أثمانها وما يبقى من دينه بعـدها فـإن تعذر حضـور المفلس أحضر الحاكم وكيله ليقـوم في الخصومـة مقامـه حتى تنتفي التهمة عن الحـاكم في شيء منه فإن لم يكن له وكيل وكل له الحاكم وكيلاً ينوب عنه قال أصحابنـا: ويختار الحـاكم إحضار الغرماء أيضاً عند البيع لأمرين:

أحدهما: أنه ربما رغب بعضهم في شيء من المبيع فأخذه بثمن موفور.

والثـاني: أن يعلموا قـدر الأثمان الحـاصلة لهم ومـا يخص كـل واحـد منهم فـإن أمـر الحاكم ببيع المتاع من غير حضور المفلس وغرمائه صـح البيع لأن حضـورهم استحباب فلم يفسد بغيبتهم العقد كاستئذان الأب البكر.

فصل: ثم إن أول ما ينبغي للحاكم أن يبتدىء ببيعه من مال المفلس الرهن لأمرين:

أحدهما: تعلق حق المرتهن بعينه.

والثاني: أن يعلم ما فضل منه فيرد على غرمائه وكذا العبد الجـاني يقدم بيعـه كالـرهن لما ذكرنا فإذا بيع الرهن فإن كان ثمنه بقدر دين المـرتهن أخذه بـدينه وإن كـان ثمنه أكثـر من دينه أخذ منه قدر دينه ويرد بـاقيه على الغـرماء وإن كـان ثمنه أقـل من دينه أخـذه كله وضرب بباقي دينه مع الغرماء فأما العبد الجاني فإن فضل من ثمنه شيء رد على الغرماء وإن عجز فلا شيء للمجني عليه سواء.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيَنْبَغِي أَنْ يَقُولَ لِغُـرَمَاءِ الْمُفْلِسِ ارْتَضُـوا بِمَنْ يَكُون عَلَى يَدَيْهِ الثَّمَنُ وَبِمَنْ يُنَادِي عَلَى مَتَاعِهِ فِيمَنْ يَزِيدُ وَلَا يَقْبَلُ الزِّيَادَةَ إِلَّا مِنْ ثِقَةٍ».

قال الماوردي: أما الرهن والعبـد الجاني إذا بيعـا على المفلس لم يجز حبس ثمنهمـا وعجل للمرتهن حقـه من ثمن الرهن وللمجني عليـه أرشه من ثمن العبـد الجاني وأمـا سائـر أموال المفلس إذا بيعت فلا يخلو أن يكون غريمه واحد أو جماعة. فإن كان واحداً لم يحبس عنه ثمن ما بيع، لأنه لا مشاركة له فيه وإن كانوا جماعة وجب أن يحبس أثمان المبيعات حتى تتكامل جميعها ولا يعجل بقسم ما حصل من أثمان بعضها لأمرين:

أحدهما: أن يعلم قدر جميعها على دينه وقبل تكاملها يشق عليه.

والثاني: أنه ربما تأخر غريم له لا يعلم به فيحضـر عند علمـه وإذا كان كـذلك فينبغي للحـاكم أن يضعها على يـد عدل ولا يضعهـا عند نفسـه لما فيـه من البذلـة ولحقـوق التهمـة

وينبغي للحاكم أن يبيع متاعه فيمن يـزيد فـإن كان أشهـر لحالـه وأقر لثمنـه وأبعد من التهمـة فيحتاج حينئذ إلى مناد ثقة ينـادي على المتاع فيمن يـزيد وإلى عـدل يجمع المـال عنده إلى حين تكـامله فيقول للمفلس والغـرماء اختـاروا مناديـاً ينادي على متـاعه وعـدلاً يكون المـال موضوعاً على يديه فإن اجتمعوا على اختيار رجل بعينه نظر الحاكم في عدالته وأمانته فإن كان أميناً أمضى اختيارهم له وأقر ذلك على يديه. وإن كان غيـر أمين لم يمض اختيارهم وأمـرهم باختيار غيره من الأمناء الثقات. فإن قيل أليس لو اختار الراهن والمرتهن أن يضع الرهن على يد غير أمين لم يكن للحاكم عليهم اعتراض فهلا إذا اختار المفلس والغرماء وضع المال على يد غير أمين أن لا يكون للحاكم عليهم اعتراض؟ قلنا: الفرق بينهما من وجهين:

أحـدهما: أنـه لما لم يكن للحـاكم نظر في الـرهن على الراهن والمـرتهن لم يكن لـه اعتـراض عليهم في الاختيـار ولمـا كـان للحـاكم نـظر في مـال المفلس اعتـرض عليهم في الاختيار.

والثاني: أن حق الراهن والمرتهن لا يتجاوزهمـا فلم يجز للحـاكم أن يعترض عليهمـا في الاختيار وحق المفلس والغرماء قد ربما تجاوزهم إلى غريم غائب فجاز لحقه أن يعتـرض عليهم في الاختيـار، وأما إن اختلف المفلس والغـرماء في الاختيـار فـاختـار المفلس رجـلاً واختار الغرماء غيره فإن للحاكم أن ينظر في الرجلين فإن وجد أحدهما أميناً عدلاً والآخـر غير أمين كان الأمين أولى وأقره الحاكم على الاختيار فإن كانا أمينين معاً نظر: فإن كـان أحدهمـا متطوعاً والآخـر مستجعلاً كـان المتطوع أولى وإن كـانا متـطوعين أو مستجعلين فإن أمكن أن يضم أحدهما إلى الآخـر فعل فـإنه أولى لمـا فيه من الاختـلاط وإقرار كـل واحد منهمـا على الاختيـار وإن لم يمكن ضم أحدهمـا إلى الآخر اختـار الحاكم أوثقهمـا عنده وأعـدلهمـا في نفسه. قال الشافعي: ولا يقبل إلا ثقـة. وقال في مـوضع آخـر: ولا يقبل إلا من ثقـة. ولكل واحـد من الكلامين تـأويل فمعنى قـوله: ولا يقبـل إلا ثقة: يـريد: أن المفلس والغـرماء إذا اتفقوا على اختيار رجل لم يقبل الحاكم إلا أن يكون ثقة. ومعنى قوله: ولا يقبل إلا من ثقة: يعني به: المتولى لبيع المتاع لا يقبل الزيادة ممن يزيـد في الثمن عند المـزايدة إلا أن يكـون ثقة لا يرجع عن زيادته لما في رجوعه من الفساد (والله أعلم).

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْـهُ: «وَأُحِبُّ أَنْ يُرْزَقَ مَنْ وَلِيَ هَـذَا مِنْ بَيْتِ المَالِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَلَمْ يَعْمَلْ إِلَّا بِجُعْلٍ شَارَكُوهُ فَإِنْ لَمْ يَتَّفِقُوا اجْتَهَدَ لَهُمْ وَلَمْ يُعْطِ شَيْئاً وَهُوَ يَجِدُ ثِقَةً يَعْمَلُ بِغَيْرِ جُعْلٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح ـ وجملتـه أنه متى وجـد الحاكم من يتـطوع ببيع المتـاع وحفظ الثمن لم يجز أن يعطي أحـداً جعلاً عليـه لا من بيت المال، لأن مـا فيه مصـروف في

المصالح ولا من مال المفلس لأنه موقوف على الغرماء إلا من ضرورة وإن لم يجد الحاكم متطوعاً جاز أن يعطيه جعلاً فإن رأى من الأصلح أن يشارطه عليه فعل وإن رأى أن لا يشارطه ليعطيه أجرة مثله فعل وكانت الأجرة من بيت المال إن كان فيه مال لما في ذلك المصلحة العامة ويكون من خمس الخمس سهم رسول الله ﷺ المرصد لمصالح المسلمين العامة وهل يجوزأن يكون من أربعة أخماس الفيء؟ على قولين: ولا يجوز مما سوى ذلك من الأموال. فإن لم يكن في بيت المال مال أو كان فلم يسمح به الإمام إما لعذر أو غير عذر دفع الحاكم الأجرة من مال المفلس دون الغرماء، لأن العمل في ماله كما يدفع أجرة الوالي على مال اليتيم من ماله.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَيُبَاعُ فِي مَوْضِعِ سُوقِهِ وَمَا فِيهِ صَلَاحُ ثَمَنَ المَبِيعِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال ينبغي للحاكم أن يبيع كل نوع من المتاع في سوقه فيبيع البز في البزازين، ويبيع العطر في العطارين، ويبيع الرقيق في النخاسين لأن أهل سوقه فيه أرغب، ولأن المشتري هناك أكثر، ولأنه من التهمة أبعد إلا أن يكون المتاع كثيراً يلزم في نقله مؤونة فيرى الحاكم من الأصلح أنه لا يحمله إلى سوقه ويستدعي أهل السوق إليه فله أن يفعل ذلك بحسب الحال المشاهدة والصلاح الظاهر.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا يَدْفَعُ إِلَى مَنِ اشْتَرَى شَيْئاً حَتَّى يَقْبِضَ الثَّمَنَ».

قال الماوردي: قد ذكرنا في كتاب البيوع أن من باع سلعة لم يلزمه تسليمها إلى المشتري ما لم يظهر منه بذل الثمن. فإن بذل المشتري الثمن وقال: لا أدفع حتى أقبض المبيع فيه أربعة أقاويل:

أحدها: أن الحاكم يأمرهما بإحضار الثمن والمثمن إلى مجلسه ليدفع كل واحد منهما بعد حصولهم إلى مستحقه.

والقول الثاني: أن الحاكم ينصب لهما عدلاً يفعل ذلك.

والقول الثالث: أن الحاكم يدعهما ولا يخير واحد منهما لكن يمنعهما من المخاصمة.

والقول الرابع: أنه يخير البائع أولاً ثم المشتري بعده. فإذا تقرر هذا فالجواب في متاع المفلس إذا بيع عليه أنه متى لم يظهر من المشتري بذل لم يجز للعدل تسليم المبيع إليه

وإن ظهر من المشتري بذل الثمن وقال: لا أدفعه حتى أقبض الثمن فقد اختلف أصحابنا فكان البغداديون منهم يخرجون ذلك على الأقاويل كالمبيع إذا كان على غير مفلس لكن لا يجيء هاهنا إلا ثلاثة أقاويل:

أحدها: أنه يأمرهما بإحضار ذلك إلى مجلسه.

والثاني: أن ينصب لهما عدلاً غير العدل الذي يتولى مال المفلس.

والثالث: أنه يجبر بائع مال المفلس على التسليم ثم المشتري على الدفع للثمن.

فأما القول الرابع: أن الحاكم يدعهما معاً فلا يجيء هاهنا قالوا ومعنى قول الشافعي: أنه لا يدفع إلى من اشترى شيئاً حتى يقبض الثمن. يعني: حتى يظهر له بذل الثمن. قالوا، لأن الحاكم وإن لزمه الاحتياط للمفلس فليس له إجبار المشتري على ما لا يجوز إجباره عليه. وقال البصريون منهم: بل لا يجوز لبائع مال المفلس أن يدفع المبيع إلا بعد قبض الثمن قولاً واحداً بخلاف من ليس بمفلس لأمرين:

أحدهما: أن مال المفلس يلزمه فيه من الاختلاط ما لا يلزم في غيره والمشتري ماله داخل على بصيرة.

والثاني: أن بيع مال المفلس بحكمه فالمشتري يأمن في تعجيل الثمن بحكم الحاكم به ما لا يأمن في غيره فكان ما يتخوفه مع غير المفلس مأموناً في ابتياع مال المفلس.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَا ضَاعَ مِنَ الثَّمَنِ فَمِنْ مَالِ الْمُفْلِسِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا وضع ثمن المبيع على يد عدل فضاع من يده كان من مال المفلس دون غرمائه لأنه مالك المبدل فهلاك بدله من ماله كالوكيل. وقد مضى الكلام في هذه المسألة مع أبي حنيفة في كتاب الرهن بما يغني عن الإعادة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيَبْدَأُ فِي الْبَيْعِ بِالْحَيَوانِ وَيَتَأَنَّى بِالْمَسَاكِنِ بِقَدْرِ مَا يَرَى أَهْلُ الْبَصَرِ بِهَا أَنَّهَا قَدْ بَلَغَتْ أَثْمَانَهَا».

وهذا صحيح. ينبغي أن يكون أول ما يبدأ ببيعه من مال المفلس ما كان تركه أخوف فأول ما يقدم بيعه الحيوان، لأمرين:

أحدهما: أنها نفس يخاف تلفها.

والثاني: ما يحتاج إليه من مؤونة علف فيها وكذلك كره أهل الاحتياط اقتناء الحيوان وقالوا: مؤونة ضرس وضمان نفس. فلهذين أول ما قدم بيع الحيوان في مال المفلس إلا أن

يكون في ماله طعام رطب فيقدم بيعه على بيع الحيوان لما يعجل إليه من الفساد ثم يبيع الحيوان بعده ثم يبيع بعد الحيوان ما كان منقولاً من العروض والأمتعة ويقدمها على ما لا ينقل من الدور والعقار، لأن المنقول معرض للسرقة ويبدأ في بيع المنقول بما يخاف عليه الفساد كالثياب ويقدمها في البيع على النحاس والصفر ثم يتأنى في بيع العقار والأرضين حتى يظهر أمرها ويتأهب المشتري لها ويقدم بيع العقار على بيع الأرضين، ولأن العقار قد يخاف عليه من هدم أو حريق ولا يباع العقار والمساكن والأرضون إلا أن يعلم أنها قد بلغت أثمانها وكذلك سائر أمواله المبيعة عليه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ وَجَدَ الإِمَامُ ثِقَةً يُسَلِّفُهُ المَالَ حَالاً لَمْ يَجْعَلْهُ أَمَانَةً».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن مال المفلس يلزم الاحتياط في حفظه فإذا وجد الحاكم أميناً يأخذ ثمن ما بيع من ماله مضموناً لم يجز أن يستودعه إياه مؤتمناً، لأن ما أخذه قرضاً وهو مضمون بالغرم إن تلف. وما أخذه وديعة فهو من مال المفلس إن تلف فكان القرض أحفظ له من الترك إلا أن لا يجد ثقة ملياً فتركه أولى فإن قيل قد قال الشافعي إن وجد من يسلفه المال حالاً وهو لا يجيز القرض مؤجل فلم يكن لهذا الشرط تأثير ألا ترى أن جواز القرض مؤجلاً؟ قيل قد كان بعض أصحابنا يتعلق بهذه اللفظة من كلام الشافعي ويجيز القرض مؤجلاً، ويجعله للشافعي مذهباً، وذهب سائر أصحابنا إلى تخطئة هذا القول وفساد مذهبه لأن نصوص الشافعي تبطله وأصول مذهبه تدفعه، لأن من أصل مذهبه أن الأجل لا يلزم إلا في عقد لازم وليس القرض بلازم وتأولوا قول الشافعي رحمه الله: إن وجد من يسلفه المال حالاً أنه أراد به الحاكم إذا رأى قول مالك في جواز القرض المؤجل لم يجز أن يقرض مال المفلس إلى أجل وجعله قرضاً حالاً حتى لا يدخله الأجل على مذهب أحد والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيَنْبَغِي إِذَا رُفِعَ إِلَيْهِ أَنْ يَشْهَدَ أَنَّهُ وَقَفَ مَالَهُ عَنْهُ فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَبِيعَ وَلَا يَهِبَ وَمَا فَعَلَ مِنْ هَذَا فَفِيهِ قَوْلَانِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ مَوْقُوفٌ فَإِنْ فَضُلَ جَازَ فِيهِ مَا فَعَلَ وَالآخَرُ أَنَّ ذَلِكَ بَاطِلٌ (قَالَ المُزَنِيُّ) قُلْتُ أَنَا قَدْ قَطَعَ فِي المُكَاتِبِ إِنْ كَاتَبَهُ بَعْدَ الوَقْفِ فَأَدَّى لَمْ يُعْتَقْ بِحَالٍ».

قال الماوردي: قد ذكرنا في أول الكتاب ما يستحق به حجر الفلس فإذا أراد الحاكم أن يحجر على رجل بالفلس فلا بد من أن يقول الحاكم قولاً يقع به الحكم واختلف الأصحاب في اللفظ الذي يقع به الحجر فقال البغداديون: هو أن يقول الحاكم: قد وقفت

مالك ومنعتك من التصرف فيه، لأن هذا هو المقصود بالحجر فوجب أن يكون ثبوته به. وقال البصريون: هو أن يقول له الحاكم: قد حجرت عليك بالفلس. وقالوا لأن الحجر قد يتنوع ولكل واحد منه حكم فلم يكن بد من التصريح به ليمتاز عن غيره، لأن وقف المال والمنع من التصرف إنما هو من أحكام الحجر فلم يقع به الحجر فإذا تلفظ الحاكم بما يقع به الحجر على حسب ما ذكرنا من اختلاف المذهبين أشهر الحاكم على نفسه بالحجر عليه. واختلف أصحابنا هل الإشهاد شرط في تمام الحجر فقال البغداديون: الإشهاد ليس بشرط في ثبوت الحجر، لأن نفوذ الحكم لا يقف على الإشهاد فيه فإن حجر عليه قولاً ولم يشهد صح. وقال البصريون: شرط ثبوت الحجر الإشهاد عليه، لأن المقصود بهذا الحجر الشهرة وإظهار الأمر فيه ولا يكون مشتهراً إلا بالشهادة وجرى مجرى اللعان الذي يقصد به الشهرة.

فصل: فإذا وقع الحجر عليه بما ذكرنا فقد اختلف قول الشافعي فيه هل يجري مجرى حجر السفيه أو مجرى حجر المرض على قولين:

أحدهما: أنه يجري مجرى حجر السفيه. لأمرين:

أحدهما: أن المقصود به المنع من تبذير المال ليكون موفراً كالسفيه الذي يقصد بالحجر عليه حفظ المال من التبذير ليكون موفوراً.

والثاني: أنه حجر لا يثبت إلا باجتهاد وحكم فشابه حجر السفيه الذي لا يثبت إلا باجتهاد وحكم.

والقول الثاني: أن هذا الحجر يجري مجرى حجر المرض الواقع لأجل الورثة.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين فعقود المحجور عليه بالفلس وتصرفه على ضربين:

أحدهما: أن لا يكون متعلقاً بعين ماله الذي وقع الحجر عليه مثل أن يشتري سلعة في ذمته أو يبيع سلماً مضموناً في ذمته أو يضمن ضماناً يتعلق بذمته، فكل هذا وما شاكله مما يتعلق بذمته ولا يتعلق بماله الذي في يده نافذ ماض لا اعتراض للغرماء فيه على القولين معاً سواء قيل إن الحجر عليه يجري مجرى حجر السفه أو مجرى حجر المرض، لأن الحجر عليه اختص بماله دون ذمته فلو ابتاع في حال الحجر سلعة بثمن في ذمته فأراد البائع لها أن يرجع بها لفلسه فإن كان البائع عالماً بفلسه وقت البيع لم يكن له استرجاعها وإن لم يكن عالماً ففيه وجهان:

أحدهما: له استرجاعها لأن عقده قبل الحجر أقوى منه بعده فلما جاز استرجاع ما ابتاعه قبل الحجر فأولى أن يجوز استرجاع ما ابتاعه بعد الحجر.

والوجه الثاني: أنه لا حق له في استرجاع ذلك لأنه قد كان يقدر على استعلام حاله قبل العقد فصار في حكم العالم به ولا يكون تقصيره في ذلك عذراً والوجه الأول أصح عندي، لأن الفسخ بالفلس يجري مجرى الفسخ بالعيب والرد بالعيب يجوز وإن أمكن أن يستعلم قبل العقد فكذلك الفسخ بالفلس وجميع ما ملكه في حال الحجر بابتياع أو اصطياد أو قبول هبة أو وصية يصير داخلاً تحت الحجر كأنه كان موجوداً وقت الحجر فيكون تصرفه فيه كتصرفه في غيره من أمواله المتقدمة فهذا حكم عقوده فيما يتعلق بذمته ولا يتعلق بما في يده.

فصل: والضرب الثاني أن يكون تصرفه وعقوده متعلقاً بما في يده. مثل أن يبيع من ماله متاعاً أو يهب مالاً أو يكاتب عبداً أو يحدث عتقاً له فقد خالف ما يقتضيه الحجر من المنع من التصرف وفي عقوده قولان مبنيان على ما ذكرنا من اختلاف قوليه في معنى الحجر.

أحدهما: أن جميعها باطلة إذا قيل إن الحجر عليه جار مجرى حجر السفه لبطلان عقود السفيه ورد تصرفه.

والقول الثاني: أنها جائزة وتكون موقوفة إذا قيل أن الحجر عليه جار مجرى حجر المرض لصحة عقود المريض ووقوفها على إجازة الورثة. وعلى هذا إذا كان فيما بقي من ماله بعد تصرفه وفاء لدينه بسعر زاد أو ربح حدث أو كسب استفيد كان جميع ما فعله من بيع وكتابة وعتق ماضياً نافذاً لا اعتراض فيه وإن لم يمكن في الباقي من ماله وفاء لدينه وجب أن يرد تصرفه وتنقض عقوده ويبدأ منها بما ليس في مقابلته عوض كالهبة والعتق فإن كان فيها وفاء لم يعرض لفسخ عقود المعاوضات وأمضيت وإن لم يكن فيها وفاء فسخت الكتابة قبل البيع فإن كان فيها وفاء لم يعرض لفسخ البيع وإن لم يكن فيها وفاء لم يخل حال المبيع من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون قد باعه بأقل من ثمنه حتى صار مغبوناً فهذا يفسخ عليه ويسترجع المبيع من مشتريه.

والثاني: أن يكون قد باعه بأكثر من ثمنه حتى صار غابناً فهذا البيع ماض ولا معنى لفسخه لأن إمضاء البيع أوفر لحقوق الغرماء للزيادة الحاصلة في ثمنه فلم يجز إبطالها عليهم بالفسخ.

والحال الثالثة: أن يكون قد باعه بمثل ثمنه من غير زيادة ولا نقص فهذا ينظر فيه فإن كان الثمن قد زاد قيمته أو المبيع قد نقص سعره أمضى العقد ولم يفسخ عليه لما في فسخه من دخول النقص وإن كان على حاله لم يزد الثمن ولا ينقص سعر المثمن فهذا ينظر فيه: فإن

كان الثمن قد استهلكه المفلس حتى صار في ذمته فسخ البيع لأن يستفاد بفسخه ببيع السلعة المبيعة في حقوق الغرماء وما يستحقه المشتري من الرجوع بالثمن هو دين في ذمة المفلس على ما يستفيده من المال بعد فك الحجر عنه ولا يشارك الغرماء لأنه دين حدث عن معاملة بعد فلسه. وهكذا القول فيما ذكرنا إذا باع بأكثر من الثمن وكان الثمن مستهلكاً فسخ البيع أيضاً وأما إذا كان الثمن باقياً معيناً فظاهر إطلاق الشافعي وأصحابه يقتضي أن يفسخ عليه، والصحيح عندي: أنه لا يفسخ، لأن فسخ عقوده إنما يكون لضرورة يستفاد بها شيء والفسخ هاهنا لا يفيد شيئاً لأنه إن أوجب استرجاع المبيع ليباع في حقوق الغرماء أوجب ذلك رد الثمن إلى المعين الباقي في يد المفلس وهما في القيمة سواء فكان إمضاء البيع ليكون الثمن معيناً في حقوق الغرماء كفسخ البيع ليباع المبيع في حقوق الغرماء فلم يكن للفسخ تأثير فلم يجز أن يفسخ عليه. فإن قيل إمضاء البيع الأول وبيع الثمن قد يستحق به دركاً كان هذا فائدة الفسخ قيل ما لم يكن موجوداً وقت العقد فلا معنى لتوهمه ليفسخ به العقد ولو جاز هذا لجاز فسخ جميع العقود لمعان متوهمة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا أَقَرَّ بِدَيْنٍ زَعَمَ أَنَّهُ لَزِمَهُ قَبْلَ الوَقْفِ فَفِيهَا قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ جَائِزٌ كَالْمَرِيضِ يَدخلُ مَعَ غُرَمَائِهِ وَبِهِ أَقُولُ وَالثَّانِي أَنَّ إِقْرَارَهُ لَازِمٌ لَهُ فِي مَالٍ إِنْ حَدَثَ لَهُ أَوْ يَفْضُلُ عَنْ غُرَمَائِهِ».

قال الماوردي: إعلم أن إقرار المفلس بالدين على وجهين:

أحدهما: أن يقر بدين لزمه بعد الحجر فإقراره لازم في ذمته على ما يستفيده من المال بعد زوال حجره ولا يكون المقر له مشاركاً لغرمائه، لأن الحجر عليه إنما كان لمن ثبت حقه قبل الحجر ولأن المداين له بعد فلسه راض بخراب ذمته.

والوجه الثاني: أن يقر بدين لزمه قبل الحجر فإقراره لازم أيضاً وهل يكون المقر له مشاركاً لغرمائه بدينه أم لا؟ على قولين مبنيين على اختلاف قوليه في الحجر:

أحدهما: أنه لا يشاركهم فيه ويكون الدين لازماً في ذمة المفلس المقر على ما يستفيده بعد فك الحجر وهنا إذا قيل أن الحجر عليه جار مجرى السفه. ولأن الغرماء قد تعلقت حقوقهم بأعيان حاله كالرهن ثم ثبت أن المقر له لا يكون شريكاً في المال المرهون فكذلك لا يكون شريكاً في المال المحجور عليه.

والقول الثاني: أن المقر له يشارك الغرماء ويكون أسوة لهم في مال المفلس. وهذا إذا قيل أن الحجر عليه جار مجرى حجر المرض، ولأن الدين قد لزم بالإقرار كلزومه بالبينة ثم لو كان ثبوته بالبينة يوجب مشاركة الغرماء فكذلك ثبوته بالإقرار يوجب مشاركتهم وبهذا فارق

المـال المرهـون لأنه لمـا لم يشارك المـرتهن فيه إذا ثبت بينـة بالبينـة لم يشاركـه فيه إذا ثبت بالإقرار فلو كـان إقرار المفلس حين قـال في يده أقـر بغصبه أو استعـارته أو استئجـاره أو كان صائغاً أو صباغاً فأقر بحلي في يده أو ثياب قد صبغها فكل ذلك سواء وفي ذلك قولان:

أحدهما: أنه لازم كالبينة فيدفع الأعيان إلى من أقر له بهـا من غير أن يشـاركه الغـرماء فيها. وهذا على القول الذي يشاركهم في المال أو كان ديناً.

والقول الثاني: أن إقراره لا يلزم في العين بل يكون موقـوفاً ويبـاع سائـر أموالـه سوى الأعيان التي أقر بها فإن وفت بدينه دفعت الأعيان حينئذ إلى من أقر له بهـا وإن عجز مـاله عن وفاء دينه بيعت الأعيان في حقوق الغرماء، وكانت قيمتها ديناً للمقر لهم بها في ذمة المفلس يبيعونه بعد فك الحجر عنه، فلو احتاج وفاء دينه إلى بيع البعض من تلك الأعيان فإن كان الإقرار بها لواحد بيع منها بقدر ما بقي من دينه ويكون قيمته في ذمته ودفع باقي الأعيان إلى المقر لـه بها وإن كان الإقرار بها لجماعـة لم يجز أن يفـرد حق أحدهم بـالبيع دون البـاقين وبيع كـل عين أقربها لشخص يقسط ما بقي عليه من الدين ودفع باقي الأعيان إلى أربابها لتقـع التسويـة بين جميعهم فيما يباع عليهم ويدفع إليهم.

فصـل: فأمـا إذا ادعى على المفلس مـال وأنكـر وعـرضت اليمين عليـه فنكـل وحلف المدعي بعد نكوله واستحق فقد اختلف قول الشـافعي هل يكـون اليمين بعد النكـول تجري مجرى البينة أو مجرى الإقرار؟ فأحد القولين:

أنها تجري مجرى البينة ـ فعلى هذا يكون المدعي بعد ـ عينه مشاركاً للغرماء بدينه.

والقول الثاني: أنها تجري مجرى الإقرار ـ فعلى هذا هل يكون مشاركاً للغرماء بدينـه أم لا على ما ذكرنا من القولين. والله أعلم.

مسألة: **قَـالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَـهُ اللَّهُ: «وَقَدْ ذَهَبَ بَعْضُ الْمُفْتِينَ إِلَى أَنَّ دُيُـونَ الْمُفْلِسِ إِلَى أَجَلٍ تَحِلُّ حُلُولَهَا عَلَى الْمَيِّتِ وَقَدْ يَحْتَمِلُ أَنْ يُؤَخَّـرَ الْمُؤَخَّـرُ عَنْهُ لأَنَّ لَـهُ ذِمَّةً وَقَـدْ يَمْلِكُ وَالْمَيِّتُ بَـطُلَتْ ذِمَّتُهُ وَلاَ يَمْلِكُ بَعْـدَ الْمَوْتِ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) قُلْتُ أَنَـا هَـذَا أَصَـحُّ وَبِـهِ قَـالَ فِي الإِمْلاَءِ».

قال الماوردي: أما الديون المؤجلة فإنها تحل بالموت. وهو قول فقهاء الأمصار. وقال الحسن البصـري وابن أبي ليلى: الديون المؤجلة لا تحل بالموت وتكون على آجالهـا، لأن مدة الأجل حق ثبت للميت مثل مدة الخيار فلما لم تبـطل مدة الخيـار بالمـوت لم تبطل مـدة الأجل بالموت. والدلالة على حلول ديونه بالمـوت أن مالـه قد ينتقـل بعد مـوته إلى الغـرماء

بديونهم وإلى الورثة بإرثهم فلما كان حق الورثة ينتقل إليهم حالاً، لأنه لا يبقى للميت ملك بعد موته فوجب أن يكون حق الغرماء ينتقل إليهم حالاً، لأنه لا يبقى له أيضاً ملك بعد موته، ولأنه لا يخلو حال التركة في الديون المؤجلة من أحوال ثلاثة.

إما أن تكون موقوفة إلى حلول الدين. وهذا لا يجوز لما فيه من الأضرار بالورثة في تأخير إرثهم والإضرار بالميت في تأخير دينه مع قول النبي ﷺ: «نَفْسُ الْمُؤْمِنِ مُعَلَّقَةٌ بِدَيْنِهِ حَتَّى يُقْضَى».

وإما أن يدفع إلى الورثة وهذا لا يجوز، لأن الله تعالى قضى لهم بالتركة بعد قضاء الدين فقال تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١]، ولأنه لا يخلو أن يقسموا قدر الدين ليكون في ذمتهم أو يعزلوه إلى وقت المحل فلم يجز إقسامهم به، لأنهم لم يملكوه، ولأن أرباب الديون لم يرضوا بذممهم. ولم يجز أن يعزلوه، لأن فيه تعزيراً به وتعليقاً لنفس الميت بدينه وعدم فائدة لهم وللميت بعزله لهم فلم يبق وجه إلا أن يتعجلوه ليبرأ ذمة الميت منه ويقتسم الورثة ما فضل عنه.

فصل: فأما حلول الدين المؤجل بحدوث الفلس فعلى قولين:

أحدهما: أنه يحل بالفلس كما يحل بالموت وهو مذهب مالك. وهذا على القول الذي يجري حجر الفلس مجرى حجر المرض لأن المفلس ينتقل ماله بالفلس إلى غرمائه كما ينتقل مال المريض بالموت إلى ورثته فلما كان الموت يوجب حلول الأجل وجب أن يكون الفلس بمثابته يوجب حلول المؤجل، ويلخص هذا الثلث: أن خراب الذمة يوجب التسوية بين الديون الحالة والمؤجلة كالموت.

والقول الثاني: أنها على آجالها ـ لا تحل بالفلس ـ وهو مذهب المزني. وهذا على القول الذي يجري منها حجر المفلس مجرى حجر السفيه، لأن ديون السفيه لا تحل لبقاء ملكه وجواز استفادته فكذلك المفلس لما كان ممن يملك ويجوز أن يحدث له ملك ويبقى له ذمة لم تحل ديونه وخالف الميت الذي لا يبقى له ملك ولا يجوز أن يحدث له ملك ولم يبق له ذمة حيث حلت ديونه، ولأن الحجر على المفلس إنما كان بالديون الحالة دون المؤجلة بدليل أنه لو كانت ديونه مؤجلة لم يجز الحجر عليه بها والمفلس إنما يجب صرف ماله فيمن كان الحجر عليه من أجله بدليل أن من حدث دينه بعد الحجر لم يكن مشاركاً في ماله الذي وقع عليه الحجر فكذلك أرباب الديون المؤجلة.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين. فإن قيل بأنها إلى آجالها ـ لا تحل بالفلس ـ صرف ماله في الديون الحالة ثم يحال أرباب الديون المؤجلة إذا حلت على ما يحدث له من ملك.

فإن قيل: بأنها تحل بالفلس كان أرباب الديون المؤجلة أسوة الغرماء في ماله ويرجع من كان له عين مبيعه بعين ماله فإذا تقرر قدر ما يخصهم من الدين بالعين ففيه وجهان:

أحدهما: وهو ظاهر إطلاق الشافعي، وما عليه متقدمو الصحابة ـ أنه يدفع إلى أرباب يتملكونه كما يدفع ذلك إلى مثل دينه حال ليتملكه لأن المؤجل قد صار بالفلس كالمعجل.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة: أنه يكون باقياً على ملك المفلس لا يدفع إلى غرمائه حتى تحل ديونهم ويكون تأثير مشاركتهم لباقي الغرماء ورجوعهم بأعيان الأموال أن لا يصرف جميع ماله في الديون الحالة وأنه ربما يكسب بعد الحجر ما لا يقضي به الديون المؤجلة ولو اكتسب لشق عليهم أن يقيموا به البينة ثم يطلق تصرف المفلس فيه حتى إذا حلت الآجال صرف ذلك إليهم وقسم فيهم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ جَنَى عَلَيْهِ عَمْداً لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ أَخْذُ المَالِ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ».

قال الماوردي: اعلم أن الجناية على المفلس على ضربين:

أحدهما: أن تكون موجبة للمال إما في الخطأ وإما في العمد الذي لا قود فيه فقد ملك أرشها وتعلق حق الغرماء به كما يتعلق بما يستحدث ملكه من إرث وغيره فإن أبرأ الجاني منه كان كما لو وهب مالاً فيكون على قولين:

أحدهما: أن الإبراء يكون باطلاً. وهذا إذا قيل إن حجر المفلس جار مجرى حجر السفيه.

والقول الثاني: أن يكون موقوفاً. فإن كان في ماله وفاء بدينه صح الإبراء، وإن لم يكن في ماله وفاء بدينه بطل الإبراء فيما قابل بقية الدين فإن كان الباقي منه مقابلاً لجميع الدية بطل جميع الإبراء وإن كان مقابلاً لبعضها بطل من الإبراء بقدر ما قابل الباقي من ثلث أو نصف وصح في الباقي. وهذا إذا قيل إن الحجر بالفلس جار مجرى حجر المرض.

فصل: والضرب الثاني أن تكون الجناية عمداً توجب القود، فالمفلس بالخيار بين أن يقتص أو يأخذ المال سواء كانت الجناية عليه أو على غيره فانتقل إرثاً إليه لقوله تعالى: ﴿**وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً**﴾ [الإسراء: ٣٣]. فإن أراد القصاص لم يكن للغرماء عليه اعتراض وإن أراد المال كان له وقسم بين غرمائه، وإن عفى عن القصاص ولم يصرح بالعفو عن المال سقط الضمان. وفي سقوط المال قولان. مبنيان على اختلاف قول الشافعي في جناية العمد ما الذي توجب؟

فأحد القولين: أنها توجب القصاص، فأما المال فإنما يجب باختيار الولي ـ فعلى هذا القول سقط حقه من المال إذا لم يختره في الحال.

والقول الثاني: أن جناية العمد توجب أحد شيئين إما القصاص أو المال ـ فعلى هذا القول لا يسقط المال بعفوه عن القصاص فأما إن عفى المفلس عن الأمرين معاً من القصاص والمال وصرح بهما في عفوه صح عفوه عن القصاص، وفي عفوه عن المال ثلاثة أقاويل:

أحدهما: أن عفوه صحيح وقد سقط المال. وهذا إذا قيل إن جناية العمد توجب القصاص وحده وأن المال لا يجب إلا باختيار الولي فيسقط المال بعفوه عنه، لأن أحداً لا يجبر على تملك مال من محجور عليه ومطلق.

والقول الثاني: أن عفوه عن المال باطل وتؤخذ الدية وتقسم بين غرمائه وهنا إذا قيل إن جناية العمد توجب القصاص أو المال وإن حجر المفلس يجري مجرى حجر السفه.

والقول الثالث: أن عفوه موقوف إذا قيل إن الحجر عليه جار مجرى حجر المرض لينظر هل في ماله وفاء بدينه فيصح أو عجز عنه فيبطل.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَيْسَ عَلَى الْمُفْلِسِ أَنْ يُؤَاجَرَ وَذُو العُسْرَةَ يُنْظَرُ إِلَى مَيْسَرَة».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا فضلت على المفلس ديون بعد قسمة ماله لم يجز أن يؤاجر بها وقال مالك وأحمد: يجب أن يؤاجره الحاكم بأجرة تقضى بها باقي ديونه. استدلالاً بما روي ابن أبي أوفى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَاعَ سَرْقاً فِي دَيْنٍ[1] والحر لا تباع رقبته ثبت أنه باع منافعه، وبما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه «أَجَرَ مُفْلِساً» وليس له في الصحابة مخالف، ولأن القدرة على العمل كالقدرة على المال في تحريم الصدقة بهما فوجب أن يستويا في تعلق ديون المفلس بهما ولأن المنافع كالأعيان في ضمانها في العقد الصحيح بالمسمى وفي الفاسد بعوض المثل ثم إذا كانت الأعيان مبيعة على المفلس وجب أن تكون المنافع مبيعة عليه، والدلالة على ما قلنا قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] فأمر بإطلاقه بعد الإعسار، وَلأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا حَجَرَ عَلَى مُعَاذٍ قَالَ لِغُرَمَائِهِ: «خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ فَلَيْسَ لَكُمْ إِلاَّ ذَلِكَ» وروي «لاَ سَبِيلَ لَكُمْ عَلَيْهِ»، ولأن منافع الحر ليست بمال وإنما هي أسباب إلى تملك المال والإنسان لا يجبر على أسباب التمليك إذا أفلس كما لا يجبر على قبول الهبة والوصية وعلى خلع الزوجة فأما الجواب عن روايتهم أنه باع سرقاً

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك ٢/ ٥٤ والبيهقي في الكبرى ٦/ ٥٠.

في ديـن: فهو أنه منقطع لا يلزمنا الأخذ به ولـو لزم لجاز أن يكون سـرق عبداً بـاعه في دين سيده أو حراً أجره باختيـار نفسه أو بـاعه في صـدر الإسلام حين كـان الشرع وارداً في الحـر بجواز بيعه، وأما الجواب عن حديث عمر: فهوأنه فعـل ذلك بـاختيار المفلس وأمـا الجواب عن استدلالهم بأن القدرة على العمل كالقدرة على المـال في تحريم الصـدقة ففـاسد بـذات الـروح فـي أن الروح تقـوم مقام المـال في تحريم الصـدقة ولا تقـوم مقام في قضـاء الـدين وبالأبوين كالمال في تحريم الصدقة دون الدين ثم المعنى في الصدقة أنه يستبيحها المحتـاج والقادر على الكسب غير محتاج وقضاء الدين يتعلق بالمال والقدرة على الكسب ليس بمـال، وأما الجواب عن الاستدلال بأن المنافع كالأعيان: فهو أنها ليست بمـال وإنما يجـوز أن يصير في الثاني مـالاً ولو كانت مالاً لوجب على غاصب الحر ضمان منافعه والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيَتْرُكَ لَهُ مِنْ مَالِهِ قَدْرَ مَا لاَ غِنَى بِهِ عَنْهُ وَأَقَلَّ مَا يَكْفِيهِ وَأَهْلِهِ يَوْمَهُ مِنَ الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ وَإِنْ كَانَ لِبَيْعِ مَالِهِ حُبِسَ أُنْفِقَ مِنْهُ عَلَيْهِ وَعَلَى أَهْلِهِ كُـلَّ يَوْمٍ أَقَلَّ مَا يَكْفِيهِمْ مِنْ نَفَقَةٍ وَكُسْوَةٍ كَانَ ذَلِكَ فِي شِتَاءٍ أَوْ صَيْفٍ حَتَّى يَفْرُغَ مِنْ قَسْمِ مَالِـهِ بَيْنَ غُرَمَائِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال مؤونة المفلس في زمـان حجره واجبـة في مالـه وكذلـك مؤونة من يلزمه الانفاق عليه من الأقارب والزوجات يقدم بها على الغرمـاء وأصحاب الـديون لقول النبي ﷺ: «ابْدَأْ بِنَفْسِكَ ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ» وَلِقَوْلِهِ ﷺ لِلأَعْرَابِيِّ حِينَ قَالَ: إنَّ مَعِي دِينَاراً. قـال: «أَنْفِقْهُ عَلَى نَفْسِـكَ» قَالَ: إنَّ مَعِيَ آخَـرَ قَالَ: «انْفِقْـهُ عَلَى زَوْجَتِـكَ». قـالَ: إنَّ مَعِيَ آخَرَ. قَالَ: أَنْفِقْهُ عَلَى وَلَدِكَ[1]، ولأنه بالحجر مسلوب النفع معطل الكسب، ولأنه لو لم يكن ذا مال لوجب نفقته على كافة المسلمين فوجب إذا كان له مال أن يقدم بإنفاق منـه فإن قيـل إنما يتقدم بنفقة نفسه فأما نفقة أقاربه التي هي مواساة وهو بنفسه ليس من أهل المواسـاة فلم يقدم بها قيل، لأن نفقات الأقارب تجـري قبل الفلس مجـرى نفقة نفسـه فأجـريت على ذلك بعـد فلسه فإذا تقرر أنه مستحق في مدة حجره تقدر مؤنته ومؤنة زوجته وأقاربه.

فالمؤونة: هي القوت والكسوة، فأما القـوت فمقدر الـزمان بمـدة حجره ومعتبـر القدر بحسب كفايته فإن كانت مدة الحجر يـوماً واحـداً لم ينفق عليه أكثـر منه وإن كـانت شهراً لم يقصر عنه ولا يعتبر في القوت حال شهواته وملاذه وإنما يعتبر قـوت مثله الذي لا يستغنى عنـه وأما الكسوة فإن كانت عليه كسوة متماسكة ليس فيها سرف تركت على حالها ولم يكن غيرهـا

---

(١) أخـرجه أحمـد في المسند ٢/ ٢٥١ وأبـو داود ٢/ ٣٢٠ ـ ٣٢١ كتاب الـزكاة (١٦٩١) والنسـائي ٥/ ٦٢ والحاكم في المستدرك ١/ ٤١٥ وصححه وأقره الذهبي.

وإن لم يكن عليه كسوة أو كانت قد أخلقت اشتهى لـه من مالـه كسوة مثله ولا يعتبـر أن تكون كافية لمدة حجره كما اعتبرنا في الفوت لأمرين:

أحدهما: أن تبعيض القوت ممكن وتبعيض الكسوة على الزمان غير ممكن

والثاني: أنه لا بـد بعد فـك الحجر عنـه أن يكون مستـور العورة معـرضاً للكسب بمـا يتجمل به من ثياب فإن كان الزمان شتاء فكسوة مثله في الشتاء وإن كان صيفاً فكسوة مثله في الصيف ولا يلزم أن يجمع له بين كسوة الشتاء والصيف.

مسألة: **قَـالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْـهُ: «وَإِنْ كَانَتْ ثِيَـابُهُ كُلُّهَـا عَوَالِيَ مُجَـاوِزَةُ الْقَدْرِ اشْتَرَى لَهُ مِنْ ثَمَنِهَا أَقَلَّ مَا يُلْبَسُ أَقْصِدُ مَا يَكْفِيهِ فِي مِثْلِ حَالِهِ وَمَنْ تَلْزَمُهُ مُؤْنَتُهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأنه إنما يتـرك عليه مـا لا غناء بـه عنه فـإذا كانت ثيـابه غوالي كثيرة الأثمان استغنى عنها بما هو أقل ثمناً منها فيباع عليه ويشتري لـه منها كسـوة مثله التي لا يستغنى عنها ويقسم فاضل ثمنها بين غرمائه فلو كان قد كسى أقاربه قبل الحجـر ثيابـاً غوالي وهي باقية عليهم لم يجز أن يستبدل بها ما هو أدون منها، لأنها خارجة عن ملكـه وإنما كان ذلك في كسوة نفسه لبقائها على ملكه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ مَاتَ كُفِّنَ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ قَبْلَ الْغُرَمَاءِ وَحُفِرَ قَبْرُهُ وَمُيِّزَ بِأَقَلِّ مَا يَكْفِيهِ وَكَذَلِكَ مَنْ يَلْزَمُهُ أَنْ يُكَفِّنَهُ ثُمَّ قُسِّمَ البَاقِي بَيْنَ غُرَمَائِهِ».

قـال الماوردي: وهـذا صحيح إذا مـات المفلس أو مات من أقـاربه من تلزمـه مؤونتـه وجب أن يقدم تكفينه ومؤونة دفنه من أصل ماله على سائر غرمـائه لأنـه لما قـدم لمؤونته حيـاً فأولى أن يقدم بهـا ميتاً، وَلأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَـانَ إِذَا حَضَرَ جِنَـازَةً قَالَ: «هَـلْ عَلَى صَاحِبَكُمْ مِنْ دَيْنٍ» فَإِنْ قَالُوا: نَعَمْ. قَالَ: صَلُّوا عَلَيْهِ» ويمتنع من الصلاة عليه، لأنه لم يترك وفاء لدينـه مع علمه بأنه في كفن ولم يوجب بيعه في دينه فإذا ثبت أن يقدم تكفينه فهل يقتصـر به في الكفن على ثوب واحد أو على ثلاثة أثواب على وجهين:

أحدهما: يكفن بثلاثة أثواب كما يكفن بها إذا كان حياً.

والـوجه الثـاني: يكفن في ثوب واحـد، لأن القدر الـواجب وخـالف الحي لأن الحي محتاج إلى التجمل لتعرضه للمكاسب. وأما الحنوط ففيه وجهان أحدهما أن يشتري من مـاله العرق الجاري به والوجه الثاني لا يلزم، لأنـه جار مجـرى الطيب فلم يكن في مـال المفلس سعة له ـ وكذا الحكم في كفن من مات من أقاربه الذين تلزمه نفقاتهم فأمـا كفن زوجته فعلى وجهين أحدهما في ماله أيضاً والثاني في مالها.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيُبَاعُ عَلَيْهِ مَسْكَنُهُ وَخَادِمُهُ لأَنَّ مِنْ ذَلِكَ بَدَا».

قال الماوردي: وهذا كما قال يباع على المفلس في دينه مسكنه وخادمه وإن كان إليهما محتاجاً. وقال أحمد وإسحاق: لا يجوز بيعها عليه. ورووا عن عمر بن عبد العزيز تعلقاً بحديث عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال: «حَظُّ ابْنِ آدَمَ مِنَ الدُّنْيَا ثَلَاث خِرْقَةٌ تُوَارِيهِ وَكِسْوَةٌ تَكْفِيهِ وَمَسْكَنٌ يُؤْوِيهِ»[1] قال ابن عمر: وَأَنَا أَزِيدُ فِيهِ وَزَوْجَةٌ يَسْكُنُ إِلَيْهَا. قالوا: ولأنه لما لم يجز بيع ثيابه التي عليه لحاجته إليها لم يجز بيع مسكنه وخادمه لحاجته إليهما قالوا ولأنه لما كان كالمعسرين في الكفارة وكالفقراء في أخذ الزكاة فكذلك في المفلس ودليلنا قوله ﷺ لغرماء معاذ: «خُذُوا مَا وَجَدْتُم لَيْسَ لَكُمْ غَيْرُهُ». ولأنه لا حاجة به إلى تملك المسكن والخادم لأنه قد يقدر على مسكن يكرى وخادم بأجرة وبذلك قد جرت العادة وهي معنى قول الشافعي: لأن من ذلك بداً. أي من ملك المسكن دون سكناه ومن ملك الخادم دون استخدامه وإذا كان عن ذلك مستغنياً وجب بيعه عليه كسائر أمواله ولأنه لما بيع عليه ضياعه وإن كان محتاجاً إلى استغلالها جاز أن يباع عليه داره فإن كان محتاجاً إلى سكناها فأما الجواب عن الخبر فهو أنه وارد في غير المفلس لأنه قال: «حَظُّ ابْنِ آدَمَ مِنَ الدُّنْيَا ثَلَاث». والمفلس ليس له في الدنيا حظ ولا ينزل عليه منها نصيب وأما ترك ثيابه عليه فلحاجته إليها وإن العادة لم تجر بإجارتها وهي بإجارة الدور والخدم جارية وأما الكفارة فالفرق بينها وبين دين المفلس من وجهين:

أحدهما: أنها حق لله تعالى يتسع للمسامحة فلم يبع فيها المسكن والخادم والدين حق لآدمي يضيق عن المسامحة فبيع فيه المسكن والخادم.

والثاني: أن للكفارة بدلاً من المال وهو الصيام فلم يبع عليه مسكنه لرجوعه إلى بدل وليس للمال في دين الآدمي بدل وأما أخذه للزكاة كالفقراء مع وجود الخادم والمسكن فالفرق بينهما أن المقصود بأخذ الزكاة الاستغناء بها فجاز أن يأخذها وإن كان له بعض الغناء وفي الفلس قضاء الدين فلم يجز أن يؤخر مع وجود بعض الغناء.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ أَقَامَ شَاهِداً عَى رَجُلٍ بِحَقٍّ وَلَمْ يَحْلِفْ مَعَ شَاهِدِهِ فَلَيْسَ لِلْغُرَمَاءِ أَنْ يَحْلِفُوا لَيْسَ لَهُمْ إِلَّا مَا تَمَّ مِلْكُهُ عَلَيْهِ دُونَهُمْ».

قال الماوردي: وصورتها في مفلس ادعى على رجل مالاً وأقام على دعواه شاهداً فإن حلف مع شاهده وجب له المال وإن نكل وأجاب الغرماء إلى اليمين مع شاهده لعلمهم بصدقه وأن المال صائر إليهم ففيه قولان: وهكذا لو ادعى المفلس مالاً ليس له به شاهد

(١) أخرجه الترمذي بنحوه (٢٣٤١) وقال: حسن صحيح والحاكم في المستدرك ٣١٢/٤.

وأنكر المدعى عليه ولم يحلف وردت اليمين على المفلس فنكل وأراد الغرماء أن يحلفوا ففيه قولان فالجواب في المسألتين واحد. وفي جواز إحلاف الغرماء فيها قولان:

أحد القولين: وهو القديم - يجوز لهم أن يحلفوا لأمرين:

أحدهما: أن مال المفلس صائر إليهم كما يصير مال الميت إلى ورثته فلما جاز للورثة أن يحلفوا على مال الميت جاز للغرماء أن يحلفوا على مال المفلس.

والثاني: أن حق الغرماء في مال المفلس أثبت من حق الوكيل في مال الموكل فلما جاز للوكيل أن يحلف في إثبات ملك الموكل إذا اختلف الوكيل والبائع في ثمن المبيع وليس يثبت لهم حق في مال الموكل فأولى أن يجوز إحلاف الغرماء لثبوت حقوقهم في مال المفلس.

والقول الثاني: وهو قوله الجديد - أنه لا يجوز لهم أن يحلفوا لأمرين:

أحدهما: أن المال يملكه المفلس ألا ترى أنه لو تلف كان تالفاً في حقه ولا يجوز أن يملك أحد مالاً بيمين غيره لأنها تكون نيابة في الأيمان والنيابة في اليمين لا تصح كما لا يجوز أن ينوب عنه غير الغرماء وليس تعلق حقوق الغرماء بماله دليلاً على جواز يمينهم عنه ألا ترى أن مستأجر الدار لو غصب منه لم يجز أن يحلف على الغاصب أنه غصبها منه وإن تعلق حقه بها ومرتهن الرهن لو غصب منه لم يجز أن يحلف عليه وإن تعلق حق استيفائه به.

والثاني: أن اليمين في إثبات دعوى المفلس كاليمين في نفي الدعوى عنه فلما لم يجز للغرماء أن يحلفوا في نفي ما ادعى عليه إذا أنكر ونكل لم يجز أن يحلفوا في إثبات ما ادعاه إذا صارت اليمين له فنكل ألا ترى أن الورثة لما جاز لهم أن يحلفوا في إثبات الدعوى للميت جاز أن يحلفوا في نفي الدعوى عنه وهذا توجيه وانفصال.

فصل: فإن قيل بأصح القولين لا يجوز للغرماء أن يحلفوا فلا مسألة. وإن قيل بالأول أنه يجوز لهم أن يحلفوا حلف جميعهم كما يحلف جميع الورثة فإن حلف بعضهم قضى له من الدعوى بقدر حصة دينه منها ولا يكون نكول غيره بمسقط لحقه بعد يمينه كما لو حلف بعض الورثة ونكل بعضهم قضى له بقدر حصته.

بَابُ الدَّيْنِ عَلَى المَيِّتِ والعهدة في مال المفلس

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «مَنْ بِيعَ عَلَيْهِ فِي دَيْنٍ بَعْدَ مَوْتِهِ أَوْ فِي حَيَاتِهِ أَوْ تَفْلِيسِهِ فَهَذَا كُلُّهُ سَوَاءٌ وَالعُهْدَةُ فِي مَالِ المَيِّتِ كَهِيَ فِي مَالِ الحَيِّ لا اخْتِلَافَ فِي ذَلِكَ عِنْدِي».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا بيعت أموال المفلس عليه وضاعت من أيدي الأمناء عليها كان تلفها من مال المفلس دون غرمائه وكذا ما باعه ولي على طفل أو وصى في تركه أو وكل في بيع رهن أو على موكل وقال أبو حنيفة: الثمن التالف من مال الغرماء دون المفلس. وقال مالك: إن كان الثمن من جنس حقوقهم ذهباً أو ورقاً فهو تالف من أموالهم وإن كان من غير جنس حقهم سلعة أو عوضاً فهو تالف من مال المفلس. وقد مضى الكلام مع أبي حنيفة في كتاب الرهن، وصار مذهب مالك فاسداً بالحجاجيز وسنذكر من الدلالة عليه ما يكون على طريق التوجيه لصحة المذهب فيه فنقول إن بدل كل شيء في حكم مبدله فإما كان تلف المبيع من مال المفلس فكذا تلف بدله، ولأن أمين الحاكم في البيع ينوب عن المفلس فيه وقد ثبت أن تلف الثمن إذا كان المفلس هو البائع مضمون عليه دون غرمائه فكذا تلفه من النائب عنه يوجب أن يكون مضموناً عليه دون غرمائه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ بِيعَتْ دَارُهُ بِأَلْفٍ وَقَبَضَ أَمِينُ القَاضِي الثَّمَنَ فَهَلَكَ مِنْ يَدِهِ وَاسْتُحِقَّتْ الدَّارُ فَلَا عُهْدَةَ عَلَى الْغَرِيمِ الَّذِي بِيعَتْ لَهُ وَأَحَقُّ النَّاسِ بِالعُهْدَةِ المَبِيعُ عَلَيْهِ فَإِنْ وُجِدَ لَهُ مَالٌ بِيعَ ثُمَّ رُدَّ عَلَى الْمُشْتَرِي مَالُهُ لأَنَّهُ مَأْخُوذٌ مِنْهُ بِبَيْعٍ وَلَمْ يُسَلَّمْ لَهُ فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ لَهُ شَيْءٌ فَلَا ضَمَانَ عَلَى القَاضِي وَلَا أَمِينِهِ وَيُقَالُ لِلْمُشْتَرِي أَنْتَ غَرِيمُ المُفْلِسِ أَوِ المَيِّتِ كَغُرَمَائِهِ سَوَاءٌ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا بيعت دار المفلس عليه واستحقت الدار من يد المشتري استحق الرجوع بثمنها فإن كان الثمن موجوداً رجع به المشتري وكذا لو اقتسمه الغرماء رجع به عليهم فأما إن كان الثمن قد تلف من يد الأمين فالذي رواه المزني أن المشتري يقدم بالثمن من مال المفلس على جميع الغرماء. وروى الربيع وحرملة أَنَّ الْمُشْتَرِي يَكُونُ فِي الرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ أُسْوَةُ الغرماء ولا يتقدم به عليهم. واختلف أصحابنا

فذهب بعضهم إلى أن المسألة على قولين لاختلاف الروايتين.

أحدهما: أن المشتري يتقدم بالثمن على جميع الغرماء وهو الذي رواه المزني ووجهه أن المشتري لم يرض بذمة المفلس أن يكون حقه ثابتاً فيها إلا أن يتعجل مالاً يصير حقه متعلقاً بها أجور الباعة وأكرية الخانات.

والقول الثاني: أن المشتري يكون أسوة الغرماء بالثمن وهو الذي رواه الربيع وحرملة ووجهه أنه حق ثبت في ذمة المفلس فساوى الغرماء فيه لاستوائهم في محل الحق وليس ثبوت ذلك بغير اختياره يوجب تقديمه على غيره ألا ترى أن المفلس لو غصب مالاً فأتلفه كان المغصوب منه أسوة الغرماء بقيمته وإن كان ثبوت ذلك بغير اختياره وخالف أجور الباعة وسائر المؤن التي هي مصلحة لماله لا يستغنى المفلس عنها. ومن أصحابنا من حمل اختلاف الروايتين على اختلاف حالين فجعل رواية المزني في تقديم المشتري على الغرماء أن يكون حدوث الاستحقاق قبل فك الحجر عنه ورواية الربيع وحرملة في مشاركة المشتري للغرماء إذا كان حدوث الاستحقاق بعد فك الحجر عنه فإذا أحدث له حجر ثانياً كان المشتري وجميع الغرماء أسوة فيما بيده.

بَابُ جَوَازِ حَبْسِ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا ثَبَتَ عَلَيْهِ الدَّيْنُ بِيعَ مَا ظَهَرَ لَهُ وَدُفِعَ وَلَمْ يُحْبَسْ وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ حُبِسَ وَبِيعَ مَا قُدِرَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ فَإِنْ ذَكَرَ عُسْرَهُ قُبِلَتْ مِنْهُ الْبَيِّنَةِ لِقَوْلِ اللَّهِ جَلَّ وَعَزَّ ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ وَأُحَلِّفُهُ مَعَ ذَلِكَ بِاللَّهِ وَأُخَلِّيهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا حجر على المفلس بديونه لم يخل حاله من أحد أمرين إما أن يظهر له مال أو لا يظهر فإن ظهر له مال بيع في دينه والأولى أن يتولاه المفلس إن كان حاضراً ليقع الإشهاد عليه بعد أن يأذن له الحاكم فيه وليس يحتاج إلى إثبات البينة عند الحاكم بملك ما باع إذا كان هو المتولي لبيعه فإن لم يحضر بيع ماله أو حضر فامتنع من بيعه لم يجز للحاكم أن يبيعه إلا بعد ثبوت البينة عند تملكه له وإذا ثبتت به البينة ويقدم بالبيع إلى أمين له وأجاز الحاكم بيعه فإذا بيعت عليه أمواله الظاهرة فإن كان فيها وفاء بدينه فك حجره في الحال لزوال ما يستحق به الحجر والحجر في هذا الموضع يرتفع بقضاء الدين ولا يفتقر إلى حكم الحاكم برفعه وإن لم يكن فيما بيع من ماله وفاء بدينه كان فيما بقي منه كمن لم يظهر له مال وإذا لم يظهر له مال سئل عن ماله؟ فإن ذكر مالاً حكم فيه بما ذكرنا في ماله الظاهر، وإن لم يذكر له مالاً وادعى العسرة. سئل الغرماء عنه فإن صدقوه في الإعسار خلي عنه ولم يحبسه وفك حجره ليكتسب بتصرفه ما يكون مصروفاً في قضاء دينه وإن كذبوه في الإعسار وادعوا عليه اليسار لم تخل حال الديون التي لزمته من أحد أمرين إما أن تكون في مقابلته مال أو لا فإن لم يكن في مقابلة مال كأروش الجنايات وصداق الزوجات وغرم العواري والضمان فالقول قوله في الإعسار مع يمينه، لأن الأصل في الناس الإعسار ويفك حجره ويطلق ولا يحبس إلا أن يقيم الغرماء البينة بيساره ـ فإن كانت ديونه في مقابلة مال كأثمان المبيعات وبدل القرض فلا يقبل منه دعواه الإعسار لثبوت يساره بما صار إليه في مقابلة دينه إلا أن يقيم البينة بإعساره فإن أقام البينة به نظر في البينة فإن شهدت بهلاكه وتلفه سمعت سواء كان الشهود من أهل المعرفة الباطنة به أم لا لأنها بينة بثبوت جائحة قد يعلمها البعيد كما يعلمها القريب وإن شهدت البينة بإعساره من غير أن يشهدوا بتلف ماله. فإن كانوا من أهل المعرفة الباطنة فيه قبلت شهادتهم وإن لم يكونوا من أهل المعرفة الباطنة به لم تقبل

شهادتهم لأن حدوث الإعسار لا يعلمه إلا من يخبر باطن أمره فإذا ثبتت البينة بإعساره على ما وصفنا فإن سأل الغرماء إحلافه على إعساره بعد إقامة البينة على الإعسار أحلف لهم، وقال أبو حنيفة لا يجوز أن يحلف بعد قيام البينة بإعساره لأن في ذلك جمعاً بين البينة واليمين وذلك غير جائز في الأصول وهذا غلط لأن ما يطالب باليمين على نفيه غير ما قامت البينة به، لأن شهادة البينة تنفي ما ظهر من المال ويمينه ينفي ما خفي من المال فصار المنفي بالبينة غير المنفي باليمين وجرى ذلك مجرى رجل ادعى على رجل مالاً وأقام بينة فادعى المشهود عليه أنه أبرأه من الدين وأن المدعي يحلف مع البينة بالله أنه لم يبرئه ولا يكون ذلك جمعاً بين البينة واليمين لأن ما أثبته بالبينة غير ما نفاه باليمين فإذا ثبت أنه يحلف مع قيام البينة فحلف وجب أن يفك عنه الحجر ويخلى وبماذا يفك حجرة على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي. أنه ينفك الحجر عنه بقيام البينة بإعساره مع يمينه من غير أن يفتقر فك الحجر إلى حكم الحاكم به، لأن ثبوت إعساره يوجب فك حجره كما يوجب قضاء دينه ثم كان قضاء الدين يقع به فك الحجر من غير حكم فكذلك الإعسار.

والوجه الثاني: أنه لا ينفك عنه الحجر إلا بحكم الحاكم لأن تعلق حقوق الغرماء بذمته يقتضي وجوب مطالبته فلم يسقط حقهم من ذلك إلا بحكم بخلاف المؤدي لجميع دينه ويوشك أن يكون هذان الوجهان مخرجان من اختلاف قوليه في معنى الحجر - فإن قيل أنه يجري مجرى حجر المرض انفك الحجر عنه بغير مرض كالمريض وإن قيل أنه يجري مجرى حجر السفه لم ينفك الحجر عنه إلا بحكم كالسفيه.

فصل: وأما إن لم تقم البينة بإعساره وجب حبسه بديونه - إن سأل الغرماء حبسه - وحكي عن عمر بن عبد العزيز، والليث بن سعد: أنه لا يجوز أن يحبس أحد في دين، لأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَا حَبَسَ فِي دَيْنٍ! قَطُّ والدلالة على جواز الحبس في الدين قوله ﷺ: «إِنَّ لِصَاحِبِ الْحَقِّ يَداً وَمَقالاً»[1] يعني باليد: الحبس والملازمة وبالمقال: الاقتضاء والمطالبة وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لَيُّ الْوَاجِدِ يُبِيحُ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَه»[2]. يعني بإباحة العرض: المطالبة والتوبيخ بالمماطلة. وبالعقوبة: الحبس، لأن ما سوى الحبس من الضرب وغيره لا يجوز وقوله: «لَيُّ الْوَاجِدِ». يعني: منعه ومماطلته. ومنه قول ذي الرمة:

تطيلين ليالي وأنت مليئة   فأحسن بآداب الوساخ التَّقاضيا[3]

---

(١) اخرجه البخاري ٤/٤٨٢ كتاب الوكالة (٢٣٠٦) ومسلم ٣/١٢٢٥ كتاب المساقاة (١٢٠ - ١٦٠١).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٦٢٨) والنسائي ٧/٣١٦ وأحمد في المسند ٤/٢٢٢، ٣٨٨ والحاكم في المستدرك ٤/١٠٢ وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (١١٦٤) والطبراني في الكبير ٧/٣٨٠ والطحاوي في معاني الآثار ١/٤١٣ والبيهقي في السنن الكبرى ٦/٥١ وأخرجه البخاري مطلقاً ٥/٦٢.

(٣) البيت في ديوانه (٦٥١) واللسان م [لوى].

ثم يدل على جواز الحبس أيضاً ما روي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «حَبَسَ رَجُلاً يَوْماً وَلَيْلَةً فِي تُهْمَةٍ»[1] فلما جاز حبسه في تهمه لم تثبت عليه فأولى أن يجوز حبسه في دين ثبت عليه، ولأن الحبس يتوصل به إلى استيفاء الحق وما لا يتوصل إلى استيفاء الحق إلا به كان مستحقاً كالملازمة فإذا ثبت أنه يحبس بدينه ـ فإذا اتفق غرماؤه على حبسه حبس وإن اتفقوا على تركه أطلق وإن اتفقوا على ملازمته دون حبسه لوزم، لأن الملازمة أقل ضرراً من الحبس فأما إن سأل بعض غرمائه حبسه ورضي الباقون بإطلاقه وجب أن يحبس لمن سأل حبسه ـ ولو كان واحداً وأقل جماعتهم حقاً ـ وقال مالك: لا يجوز أن يحبس لبعضهم إذا أطلقه الباقون حتى يجتمعوا على حبسه. وهذا خطأ، لأن حبسه مستحق في دين كل واحد منهم فلم يجز أن يسقط حق واحد منهم بعفو غيره كاليمين.

فصل: وأما نفقته في مدة حبسه ففي ماله دون غرمائه. وذهب قوم إلى وجوبها على غرمائه الحابسين له. وحكي نحوه عن بعض أصحابنا. وهذا مذهب مطروح وقول مردود، لأنه حبس لغرمائه ليتوصلوا إلى حقوقهم بحبسه فلو لزمتهم نفقته لأضر الحبس بهم دونه ولا ارتفق به دونهم فتبطل فائدة الحبس والتوصل إلى الحق فإن كان ذا صنعة فعملها في حبسه ففي منعه منها وجهان:

أحدهما: يمنع، لأن في تركه وعمله تأخير أمره ويطاول، حبسه اتكالاً على عمله.

والوجه الثاني: وهو الصحيح أنه لا يمنع من العمل لأنه كسب يفضي إلى قضاء الدين ـ ولا يلزم إخراجه إلى الجمع والجماعات ولا يكون عاصياً بتأخره عنها إذا كان معسراً ولا يلزمه الاستئذان في الخروج إلى الجمعة إذا علم بشاهد الحال وغالب العادة أنه لو استأذن لم يؤذن له. وأوجب عليه بعض الفقهاء استئذان المانع في كل جمعة فإن منعه امتنع، لأن ابن سيرين حبس في ثمن زيت كان عليه فكان يغتسل في كل جمعه ويلبس ثيابه ويستأذن فإذا منعه السجان رجع ولو استأذن صاحب الدين كان حسناً وأما إذن السجان فلا يؤثر ولو تمكن من الخروج إلى الجمعة لم يتأخر.

فصل: ولو حبس لرجل بحق فجاء آخر فادعى عليه عند الحاكم حقاً جاز للحاكم إخراجه من حبسه لاستماع الدعوى عليه، وقال مالك: لا يجوز إخراجه من الحبس لسماع الدعوى، لما فيه من إسقاط حق الأول من حبسه. وهذا ليس بصحيح لأن الحقوق إذا أمكن استيفاؤها لم يجز إسقاط بعضها ببعض وقد يمكن أن يستوفي في حق الثاني من دعواه ويرد إلى حق الأول في حبسه ولو كان ما قال مالك صحيحاً لكان الحبس نافعاً له في دفع الدعاوى

---

(١) أخرجه أبو داود ٢/٣٧٧ (٣٦٣٠) والنسائي ٢/٢٥٥ والحاكم في المستدرك ١٠٢/٤.

عنه فلو مات المحبوس وجب إخراجه من حبسه ودفعه إلى أهله ليتولوا كفنه ودفنه وليس للغرماء أن يمنعوا من دفنه فإن منعوا نهوا فإن انتهوا وإلا عزروا.

فصل: فلو هرب المحبوس لم يجب على الحاكم طلبه، لأنه قد فعل ما وجب عليه من حبسه وكان للخصم أن يطلبه فإن وجده في موضع تعذر على الخصم إحضاره منه لزم الحاكم إحضاره منه إذا كان الموضع من عمله فإذا حضر أعاده إلى الحبس إذا سأل ذلك الخصم ثم سأل عن سبب هربه؟ فإن قال هربت لإعساري لم يعزر، لأنها شبهة ـ وإن لم يذكر الإعسار عزره، ولا يمنع المحبوس من التطلع إلى الطريق من كوة ولا من محادثة من يزوره، وإذا وجب الحبس على امرأة حبست عند نساء ثقات أو عند ذي محرم ومنع الزوج منها وإن كانت مرضعاً حمل الطفل إليها لترضعه ما لم تجد منه بداً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَمَنَعْتُ غُرَمَاءَهُ مِنْ لُزُومِهِ حَتَّى تَقُومَ بَيِّنَةٌ أَنْ قَدْ أَفَادَ مَالاً».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا أطلق الحاكم المفلس عند قيام البينة بإعساره منع غرماؤه من ملازمته وقال أبو حنيفة لهم أن يلازموه لا على جهة التعطيل عن مكاسبه ولكن لحفظه ومنعه من الهرب استدلالاً بما رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ إِنَّ لِصَاحِبِ الحَقِّ يَداً وَمَقَالاً. ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] وملازمته تمنع من أنظاره. وقال ﷺ لغرماء معاذ: «لَيْسَ لَكُمْ إِلَّا مَا وَجَدْتُمْ» وروي «لَا سَبِيلَ لَكُمْ عَلَيْهِ». ولأن كل من لم تكن له المطالبة بدينه لم يكن له الملازمة به كالدين المؤجل. فأما المخبر فمحمول على الموسر لأنه جمع فيه بين اليد في الملازمة والمقال في المطالبة فلما استحقت المطالبة على الموسر دون المعسر كذلك الملازمة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهُمْ رَأَوْا فِي يَدَيْهِ مَالاً سَأَلْتُهُ فَإِنْ قَالَ مُضَارَبَةً قُبِلَتْ مِنْهُ مَعَ يَمِينِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا أطلق المفلس بعد ثبوت إعساره فادعى غرماؤه أنه قد أيسر وسألوا الحجر عليه لم يجز إلا أن يقيموا البينة بيساره، لأنه قد ثبت إعساره فلم تقبل دعوى اليسار إلا ببينة كما أنه لو ادعى الإعسار بعد يسار لم تقبل دعواه إلا ببينة فإن لم تقم البينة بيساره فالقول قوله مع يمينه بالله أنه على إعساره وهو على إطلاقه ـ وإن نكل عن اليمين حلف الغرماء على يساره وحبس حتى يبين أمره وإن كان الغرماء حين ادعوا عليه اليسار أقاموا عليه البينة. نظر في البينة ـ فإن قالوا نشهد أنه قد أيسر لم يحكم بهذا القول منهم حتى يذكروا وما به صار موسراً ويصفوه إن كان غائباً ويعينوه إن كان حاضراً فإن عينوه أو وصفوه

نظر في شهادتهم فإن شهدوا له بملك ذلك المال لم يحتج الحاكم إلى سؤاله وقسمه بين غرمائه فإن شهدوا بأنهم رأوا لمال في يده ولم يشهدوا له بملك سئل المفلس عنه فإن ادعا إما ملكاً لنفسه قسمه الحاكم بين غرمائه وأن لم يدعه ملكاً سئل عن مالكه فإن لم يذكره أحلف الغرماء واستحقوا حبسه دون أخذ المال واستكشف الحاكم عن حاله حتى يبين فإن ذكر مالك المال وقال هو مضاربة أو وديعة لفلان فلا يخلو حال فلان المقر له بالملك من أن يكون حاضراً أو غائباً فإن كان غائباً فالقول فيه قول المفلس مع يمينه فإن حلف فهو على إطلاقه وإن نكل ردت اليمين على الغرماء فإن حلفوا لم يحكم لهم بالمال ولكن يحبس لهم المفلس حتى ينكشف أمره لأنه قد يحتمل أن يكون صادقاً ويحتمل أن يكون كاذباً. فإن كان المقر له بالمال حاضراً سئل عنه فإن أنكر وأكذب المفلس في إقراره نزع المال من يده وقسم بين غرمائه وحبس لهم به وإن صدقه واعترف به فهل يجب على المفلس فيه اليمين أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: عليه اليمين لاحتماله كما لو أقر به الغائب.

والثاني: لا يمين عليه لأنه لو رجع عن إقراره لم يقبل فلم يكن لزجره باليمين تأثير. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا غَايَةَ لِحَبْسِهِ أَكْثَرَ مِنَ الْكَشْفِ عَنْهُ فَمَتَى اسْتَقَرَّ عِنْدَ الْحَاكِمِ مَا وَصَفْتُ لَمْ يَكُنْ لَهُ حَبْسُهُ وَلَا يَغْفِلُ الْمَسْئَلَةَ عَنْهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا حبس المفلس لغرمائه لعدم البينة بعسرته استكشف الحاكم أمره ولم يجز أن يعقله. وقال مالك: يجب أن يعقله حتى تقوم البينة بعسرته ولا يجوز أن يتولى الحاكم الكشف عن حاله لأن ذلك ميل وإسقاط الحق. وهذا ليس بصحيح. لأن الحاكم لا يلزمه استيفاء الحق بل يلزمه رفع الظلم وحبس المفلس إن كان معسراً ظلم والمحبوس لا يقدر على إقامة البينة فلزم الحاكم أن يتولى الكشف عن حاله ليقر الحق مقره وإذا كان كذلك فمتى قامت عنده البينة بإعسارة بعد الكشف عن حاله وجب إطلاقه في الحال من غير أن ينتظر به بقضي مدة وقال أبو حنيفة فيما رواه محمد عنه: يحبس ستة أشهر ثم يخلى. وروى الحسن بن زياد: أنه يحبس أربعة أشهر ثم يخلى. وروى غيرهما: أنه يحبس أربعين يوماً ثم يخلى. وكل هذا فاسد لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] ولأن كل موضع دلت البينة على صدق المدعي لم يجز تأخيرها عن تأخير الحكم بها كسائر الدعاوي. ولأنه لما كان قيام البينة بعسرته قبل الحبس توجب تركه في الحال كذلك بعد الحبس فإذا ثبت أنه يطلق في الحال عند قيام البينة بعسرته فإن الحاكم

يحلفه لجواز أن يكون له مال فإن حلف أطلقه وإن نكل فعلى وجهين حكاهما ابن أبي هريرة: أحدهما يطلقه بالبينة التي هي ظاهر حاله. والوجه الثاني أن يترك محبوساً حتى يحلف. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا أَفَادَ مَالاً فَجَائِزٌ مَا صَنَعَ فِيهِ حَتَّى يُحْدِثَ لَهُ السُّلْطَانُ وَقْفاً آخَرَ لأَنَّ الوَقْفَ الأَوَّلَ لَمْ يَكُنْ لَهُ لأَنَّهُ غَيْرُ رَشِيدٍ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا أطلق حجر المفلس بعد ثبوت إعساره كان تصرفه فيما أفاد من كسبه وملك من مال جائزاً وكانت عقوده ماضية وعتقه نافذاً وهبته جائزة وإبراؤه صحيحاً وإقراره لازماً لأنه عاد بعد فك الحجر عنه إلى حاله قبل وقوع الحجر عليه فلما صح ذلك منه قبل وقوع الحجر وجب أن يصح بعد ارتفاع الحجر عنه فإن سأل الغرماء أن يستأنف له حجراً ثانياً جاز أن يحجر عليه ثانية إذا حدث ما يوجب الحجر ويمنع من التصرف بعد الحجر الثاني كما كان ممنوعاً منه بعد الحجر الأول ويستأنف قسمه مالة على من بقي من غرمائه المتقدمين وعلى من استحدث من الغرماء المتأخرين ويكون جميعهم أسوة في ماله بقدر ديونهم. وقال مالك: يقع الحجر عليه لغرمائه المتأخرين ويختصون بماله دون المتقدمين لأن الظاهر من حال ما حدث بيده أنه مال من حدث من غرمائه فوجب أن يكونوا أحق به. وهذا ليس بصحيح، لاستواء الجميع في ثبوت حقوقهم في ذمته فلم يكن للمتأخرين مزية على المتقدمين كالحجر الأول لا يكون لمن كان ثبوت حقه أقرب فصلاً على من كان ثبوت حقه أبعد فهذا يفسد ما استدل به ولو جاز أن يكون لأحد الحقين فضل على الآخر لكان تقديم المقدم أولى لسبقه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا أَرَادَ الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ إِلَى أَجَلٍ السَّفَرِ وَأَرَادَ غَرِيمُهُ مَنْعَهُ لِبُعْدِ سَفَرِهِ وَقُرْبِ أَجَلِهِ أَوْ يَأْخُذَ مِنْهُ كَفِيلاً بِهِ مُنِعَ مِنْهُ وَقِيلَ لَهُ حَقُّكَ حَيْثُ وَضَعْتَهُ وَرَضِيتَهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا أراد من عليه الدين المؤجل أن يسافر لم يكن لصاحب الدين منعه ولا أن يطالبه برهن ولا كفيل سواء كان السفر قريباً أو بعيداً وسواء كان الأجل طويلاً أو قصيراً حتى لو كان الباقي منه يوم أو بعضه لم يكن له عليه اعتراض فإن تعرض لمنعه منعه الحاكم منه. وقال مالك: له أن يطالبه إذا أراد السفر برهن أو كفيل فإن أعطاه بدينه رهناً أو كفيلاً وإلا كان له يمنعه من السفر قال: لأنه إذا حل الدين وهو غائب لم يقدر على الوصول إليه. ودليلنا: أن كل ما لم يستحق مطالبة المقيم به لم يستحق مطالبة المسافر به كالأداء، ولأن كل دين لا يستحق أداؤه لا يستحق التوثق به كالحاضر، ولأنه لو جاز

أن يستحق هـذه المطالبـة في المداينـات لجاز أن يستحق في نفقـات الزوجـات ولو جـاز أن يطالبه بذلك إذا سافر لبعد عوده جاز أن يطالبه به إذا أقام خوفاً من هربـه بل يقـال له: حقـك حيث وضعته من الذمم وإلى الوقت الذي رضيتـه من الأجل وقـد كان يمكنـك الاحتياط فيـه لنفسك باشتراط الوثيقة من الرهن أو الضمان في وقت العقد فتأمن ما استحدث خوفه فصرت بترك ذلك مفرطاً.

فصل: فإذا ثبت ما ذكرنا نظر في سفره ـ فإن كان لتجارة أو زيارة لم يعرض له فإن كـان سفر جهاد فعلى وجهين:

أحدهما: لا اعتراض عليه فيه كغيره من الأسفار.

والوجه الثـاني: له أن يعتـرض عليه ويـطالبه بـالوثيقـة، لأن في سفر الجهـاد تعريضـاً للشهادة فخالف غيره من الأسفار. والله أعلم.

كتاب الحجر

أما الحجر فهو من كلامهم المنع.

سمي به لأن المحجور عليه ممنوع من التصرف باختياره.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦].».

قال الماوردي: فمعنى قوله (ابتلوا) أي اختبروا، وقوله (اليتامى) هم الصغار الذين ليس لهم آباء لأن اليتم في الآدميين بموت الآباء وفي البهائم بموت الأمهات لأن البهيمة تنسب إلى أمها فكان يتمها بموت الأم، والآدمي ينسب إلى أبيه فكان يتمه بموت الأب. وقوله ﴿حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ [النساء: ٦] يعني الاحتلام لأن بالاحتلام يتوجه إليه التكليف ويزول عنه اليتم.

قَالَ النَّبِيُّ ﷺ (لاَ يُتْمَ بَعْدَ حُلْمٍ).

وقوله﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ﴾ أي علمتم منهم رشداً في الرشد ثلاثة تأويلات:

أحدها: أنه العقل وهو قول مجاهد والشعبي.

والثاني: أنه العقل والصلاح في الدين وهو قول السدي.

والثالث: أنه الصلاح في الدين والصلاح في المال وهو قول ابن عباس. والحسن والبصري. وإليه ذهب الشافعي.

ثم قال تعالى: ﴿فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦] يعني التي تحت أيديكم ﴿وَلاَ تَأْكُلُوهَا إِسْرَافاً وَبِدَاراً أَنْ يَكْبَرُوا﴾ أي لا تأخذوها إسرافاً يعني على غير ما أباح الله لكم

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٧٣) والطبراني في الصغير ١/٩٦ وفي الكبير ٤/٦ والبيهقي ٧/٥٧، ٣٢٠، والطحاوي في مشكل الآثار ١/٢٨٠ وعبدالرزاق في المصنف (١٤٥٠) وانظر نصب الراية ٣/٢١٩ تلخيص الحبير ٣/١٠١.

وأصل الإسراف: تجاوز الحد المباح. ﴿وَبِدَاراً أَنْ يَكْبَرُوا﴾ يعني تأكل مال اليتيم مبادراً أن يبلغ فيحول بينه وبين ماله.

ثم قال تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾ [النساء: ٦] يعني بمال نفسه عن مال اليتيم ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ اختلفوا في معنى هذا الأكل المباح للفقير على أربعة أقاويل:

أحدها: أنه القرض يستقرض ثم يقضي إذا وجد وهو قول عمر وابن عباس وجمهور التابعين.

والثاني: أنه يأكل ما سد الجوعة ويلبس ما وارى العورة ولا قضاء وهو قول إبراهيم. ومكحول وقتادة.

والثالث: أن يأكل من ثمره ويشرب من رسل ماشيته من غير تعرض لما سوى ذلك من فضة أو ذهب وهو قول أبي العالية والشعبي.

والرابع: أن يأخذ إذا كان محتاجاً أجرة عمله معلومة على قدر خدمته وهو قول عطاء.

ومن الدلالة على الحجر أيضاً قوله عز وجل: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

أما السفيه ففيه تأويلان:

أحدهما: أنه الجاهل بالصواب فيما له وعليه، وهذا قول مجاهد.

والثاني: أنه المبذر لماله المفسد له في الجهات المحرمة وهذا أصح وإليه ذهب الشافعي لأنه أليق بمعنى اللفظ.

أما الضعيف ففيه ثلاثة تأويلات:

أحدها: أنه الأحمق وهو قول مجاهد والسدي.

والثاني: أنه ضعيف الرأي والتدبير من صغر أو كبر.

والثالث: أنه الصغير الذي يضعف عن القيام بأمره والتصرف في ماله وإليه ذهب الشافعي.

«أَمَّا الَّذِي لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ» ففيه ثلاثة تأويلات:

أحدها: أنه الأخرس وهو قول ابن عباس.

والثاني: أنه الممنوع بحبس أو غيبة.

والثالث: أنه المغلوب على عقله وإليه ذهب الشافعي رضي الله عنه لأن الخرس والغيبة لا يوجبان الحجر.

وأما قوله تعالى: ﴿فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ففيه ثلاثة تأويلات:

أحدها: أنه يريد ولي الحق وهو صاحبه أن يعدل في إملائه ومطالبته بالحق وهو قول ابن عباس.

والثاني: أنه على ولي من عليه الحق فيما لزم من أرش جناية أو قيمة متلف وهذا قول الضحاك.

والثالث: أن معنى الآية في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ﴾[البقرة: ٢٨٢] بمعنى الذي له الحق فأقام عليه بمعنى له لأن حروف الجر يقوم بعضها مقام بعض. فدلت هاتان الآيتان على الحجر.

أما الآية الأولى: فوجه الدليل منها أنه لما أمر بدفع أموال اليتامى بوجود شرطين وهما: البلوغ والرشد، اقتضى أن لا يدفع إليهم أموالهم قبل وجود هذين الشرطين وهذا هو الحجر.

وأما الآية الثانية: فوجه الدليل منها أنه لما أمر بالإملاء عن السفيه والضعيف دل على أن ذلك يمنعهم من التصرف واستحقاق الولاية عليهما.

وأما السنة فقد رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ (أَنَّهُ حَجَرَ عَلَى مُعَاذٍ بِدَيْنِهِ)(١) فلما أوقع الحجر لحق الغير كان وقوعه لنفسه أولى.

وَرُوِيَ أَنَّ قَوْمَ حِبَّانِ بْنِ مُنْقِذٍ سَأَلُوا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَحْجُرَ عَلَيْهِ لأَنَّهُ كَانَ يَخْدَعُ فِي بِيَاعَاتِهِ، فَحَجَرَ عَلَيْهِ حَجْرَ مِثْلِهِ وَلَمْ يَجْعَلْ عُقُودَهُ مُنْبرِمَةً وَجَعَلَ لَهُ خِيَارَ ثَلاَثٍ وَقَالَ لَهُ: «إِذَا ابْتَعْتَ فَقُلْ لاَ خِلاَبَةَ فِي الإِسْلاَمِ» وأما الإجماع فهو ما كان من حديث عبد الله بن جعفر حين سأل علي بن أبي طالب رضي الله عنه عثمان بن عفان أن يحجر عليه وإجماع باقي الصحابة على جواز الحجر حتى كان من شأن عبد الله ما سنذكره(٢).

فصـــل: القول في أسباب الحجر

فإذا ثبت استحقاق الحجر بما ذكرنا من دليل الكتاب والسنة والاجماع فالحجر مستحق من ثمانية أوجه:

---

(١) أخرجه الدارقطني ٤/ ٢٣٠ والحاكم في المستدرك ٢/ ٥٨ والبيهقي في السنن الكبير ٦/ ٤٨.
(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦/ ٦١.

أحدها: حجر الصغر.

والثاني: حجر الجنون.

والثالث: حجر السفه.

والرابع: حجر الفلس.

والخامس: حجر المرض.

والسادس: حجر الردة.

والسابع: حجر الرق.

والثامن: حجر الكتابة.

وينقسم الحجر إلى ثلاثة أقسام:

قسم لا يثبت الحجر به إلا بحكم حاكم وهو حجر الفلس وحجر السفه.

وقسم يثبت بغير حكم وهو حجر الصغر، وحجر الجنون وحجر المرض وحجر الرق وحجر الكتابة.

وقسم مختلف فيه وهو حجر الردة.

أقسام الحجر باعتبار أثره

ثم هي أيضاً على ثلاثة أقسام:

قسم يثبت الحجر في حق المحجور عليه وهو حجر الصغر والجنون والسفه.

وقسم يثبت الحجر فيه في حق غيره وهو حجر الفلس والمرض والردة والرق وقسم مشترك بين حقه وحق غيره وهو الكتابة ولكل واحد من ذلك موضع.

وإنما يختص هذا الكتاب بحجر الصغر وحجر السفه.

القول في علامات وزمان البلوغ

١ ـ البلوغ بالاحتلام:

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَالْبُلُوغُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةٍ إِلاَّ أَنْ يَحْتَلِمَ الغُلاَمُ أَوْ تَحِيضَ الْجَارِيَةُ قَبْلَ ذَلِكَ وَقَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لاَ يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالعَدْلِ﴾ فَأَثْبَتَ الوِلاَيَةَ عَلَى السَّفِيهِ وَالضَّعِيفِ وَالَّذِي لاَ يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ وَأَمَرَ وَلِيَّهُ بِالإِمْلاَءِ عَنْهُ لأَنَّهُ أَقَامَهُ فِيمَا لاَ غِنَى بِهِ عَنْهُ فِي مَالِهِ مَقَامَهُ وَقِيلَ الَّذِي لاَ يَسْتَطِيعُ يحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ المَغْلُوبَ عَلَى عَقْلِهِ وَهُوَ أَشْبَهُ مَعَانِيهِ بِهِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ».

قال الماوردي: ثم بدأ الشافعي بذكر الصغر وحدّ الصغر إلى زمان البلوغ والبلوغ يكون بخمسة أشياء، ثلاثةٌ منها يشترك فيها الرجال والنساء وهي: الاحتلام، والإنبات، والسن، وشيئان منها يختص بهما النساء دون الرجال وهما الحيض والحمل.

فأما الاحتلام فإنما كان بلوغاً لقول الله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا﴾ [النور: ٥٩]

ولما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلاَثَةٍ» وَذَكَرَ مِنْهَا الصَّبِيَّ حَتَّى يَحْتَلِمَ.

والاحتلام هو إنزال المني الدافق من رجل أو امرأة من نوم أو جماع أو غيرهما.

وأقل زمان الاحتلام في الغلمان عشر سنين، وفي الجواري تسع سنين والله أعلم.

فصل: فأما الإنبات فقد منع أبو حنيفة أن يكون له بالبلوغ تعلق لقوله ﷺ «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلاَثَةٍ» وذكر من ذلك الصبي حتى يحتلم. فجعل الاحتلام حداً لبلوغه. ولأنه لما لم يكن إنبات شعر الوجه بلوغاً فأولى ألا يكون إنبات شعر العانة بلوغاً.

والدلالة على أنه يكون بلوغاً أَنَّ سَبْيَ بَنِي قُرَيْظَةَ نَزَلُوا مِنْ حُصُونِهِمْ عَلَى حُكْمِ سَعْدِ ابْنِ مُعَاذٍ الأَشْهَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَقَالَ سَعْدٌ حُكْمِي فِيهِمْ أَنَّ مَنْ جَرَتْ عَلَيْهِ الْمُوسَى قُتِلَ وَمَنْ لَمْ تَجْرِ عَلَيْهِ اسْتُرِقَّ.

فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «هَذَا حُكْمُ اللَّهِ مِنْ فَوْقِ سَبْعَةِ أَرْقِعَةٍ»[1] لأن السماء رقع، ولأن شعر العانة والإنزال يختصان بعضو يحدثان عند وقت البلوغ بالإنزال شرعاً وجب أن يتعلق بالإنبات شرعاً.

وتحريره قياساً أنه أحد نوعي ما يتعلق به البلوغ عرفاً فوجب أن يتعلق به البلوغ شرعاً كالإنزال. وبهذا المعنى من الاستدلال فرقنا بين شعر الوجه وبين شعر العانة.

فأما الخبر فليس في ظاهره مع ما ذكرنا من النص والاستدلال حجة.

فإذا تقرر ما ذكرنا وأن الإنبات يتعلق به البلوغ في المشركين فهل يكون بلوغاً فيهم أو دلالة على بلوغهم؟ فيه قولان:

أحدهما: أنه يكون بلوغاً فيهم كالإنزال. فعلى هذا يكون بلوغاً في المسلم أيضاً.

والقول الثاني: أن يكون دلالة على بلوغهم، لأن سعد جعله دليلاً عند تعذر العلم بسنهم.

(١) أخرجه البخاري (٣٠٤٣ - ٣٨٠٤) ومسلم (١٧٦٨)

فعلى هذا هل هو دلالة على بلوغ المسلمين أم لا على قولين:

أحدهما: أنه يكون دلالة على بلوغ المسلمين، لأن ما تعلق به البلوغ لا فرق فيه بين المسلمين والمشركين.

والقول الثاني: أنه لا يكون دلالة على بلوغ المسلمين وإن كان دلالة على بلوغ المشركين والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن المشرك تغلظ أحكامه ببلوغه كوجوب قتله وأخذ جزيته فانتفت عنه التهمة في معالجة الإنبات.

والمسلم تخفف أحكامه ببلوغه في فك حجره وثبوت ولايته وقبول شهادته فصار متهماً في معالجة الإنبات.

والثاني: أن الضرورة دعت إلى جعل الإنبات بلوغاً في المشرك لأن سنه لا يعلم إلا بخبره وخبر الشرك لا يقبل.

ولم تدع الضرورة إلى ذلك في المسلم، لأن خبره في سنه مقبول. ثم لا اعتبار في الإنبات إلا أن يكون شعراً قوياً فأما إن كان زغباً فلا فلو أن غلاماً من المسلمين نبت الشعر على عانته فشهد له عدلان من المسلمين أنه لم يستكمل خمس عشرة سنة فيكون بلوغه على القولين إن قيل إن الإنبات يكون بلوغاً حكم ببلوغه.

وإن كان سنه أقل من خمس عشرة سنة وإن قيل إن الإنبات دلالة على البلوغ لم يحكم ببلوغه إذا علم نقصان سنه، وهذه فائدة القولين والله أعلم.

فصل: فأما السن فقد حكي عن مالك أنه لا يتعلق به البلوغ بحال وإنما يكون البلوغ بالاحتلام وغلظ الصوت وانشقاق الغضروف لأن البلوغ يختلف بحسب اختلاف الحلق وتباين الناس كاختلاف أعمارهم. فلم يجز أن يجعل مع اختلافه حداً.

وذهب الشافعي وأبو حنيفة وسائر الفقهاء إلى أن البلوغ يكون بالسن وإن اختلفوا فيما يكون به بالغاً من السن وفيما نذكره من الدليل على الاختلاف في قدره دليل على ثبوت أصله.

واختلفوا في قدر البلوغ بالسن فذهب الشافعي رضي الله عنه إلى أن البلوغ يكون بخمس عشرة سنة في الغلام والجارية.

وقال أبو حنيفة: يكون بلوغ الجارية بسبع عشرة سنة وبلوغ الغلام بثماني عشرة سنة، استدلالاً بأن نص الكتاب والسنة يوجبان استصحاب الصغر إلى الاحتلام وتعليق التكليف به.

قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا﴾ [النور: ٥٩] وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ».

ثم كان هذا السن مجمعاً على البلوغ به فاقتضى أن يكون ما دونه مردوداً بظاهر الثمن. والدلالة على ما قلنا حديث ابن عمر رواية ابن جريج عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر قال: عُرِضتُ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ عَامَ أُحُدٍ وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعَ عَشْرَةَ سَنَةٍ فَرَدَّنِي وَلَمْ يَرِنِي بَلَغْتُ وَعُرِضْتُ عَلَيْهِ عَامَ الْخَنْدَقِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةٍ، فَأَجَازَنِي فِي الْمُقَاتِلَةِ[1].

وقد روي عنه أيضاً أنه قال: عُرِضْتُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَامَ بَدْرٍ وَأَنَا ابْنُ ثَلَاثَ عَشْرَةَ سَنَةٍ فَرَدَّنِي، وَعُرِضْتُ عَلَيْهِ عَامَ أُحُدٍ وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعَ عَشْرَةَ سَنَةٍ فَرَدَّنِي وَلَمْ يَرَنِي بَلَغْتُ وَعُرِضْتُ عَلَيْهِ عَامَ الْخَنْدَقِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةٍ فَأَجَازَنِي فِي الْمُقَاتِلَةِ[2]. فالدلالة من هذين الحديثين من وجهين:

أحدهما: أنه لما رده سنة أربع عشرة لأنه لم يبلغ علم أن إجازته سنة خمس عشرة، لأنه قد بلغ لأنه لا يجوز أن يرده لمعنى ثم يجيزه مع وجود ذلك المعنى.

والثاني: أنه أجازه سنة خمس عشرة في المقاتلة وهم البالغون وبذلك كتب عمر بن عبد العزيز لأمراء الأجناد أن هذا فرق ما بين الذرية والمقاتلة، فإن قيل: فيجوز أن يكون ابن عمر بلغ خمس عشرة سنة بالاحتلام لا بالسن قيل هذا خطأ لأن الحكم المنقول مع السبب يقتضي أن يكون محمولاً على ذلك السبب. كَمَا نُقِلَ أَنَّ مَاعِزاً زَنَا فَرُجِمَ. والسبب المنقول هو السن فعلم أن البلوغ محمول عليه.

فإن قيل: يحتمل أن الرد سنة أربع عشرة للضعف والإجازة سنة خمس عشرة للقوة.

كما روي عن سمرة بن جندب أنه قال: «عُرِضْتُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَرَدَّنِي وَأَجَازَ غُلَاماً فَقُلْتُ رَدَدْتَنِي وَأَجَزْتَهُ وَلَوْ صَارَعْتُهُ لَصَرَعْتُهُ، فَقَالَ صَارِعْهُ فَصَارَعْتُهُ فَصَرَعْتُهُ فَأَجَازَنِي».

فدلّ على أن الرد والإجازة إنما يتعلق بالضعف والقوة.

قيل: قد يجوز أن يكون الرد في حديث سمرة للضعف والإجازة للقوة حملاً له على سببه، وفي حديث ابن عمر للسن حملاً على سببه.

فإن قيل: لحديث ابن عمر لا يصح لأنه نقل أن بين أحد والخندق سنة وقد روى

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٦٤، ٤٠٩٧) ومسلم (١٨٦٨).

(٢) سقط في أ.

الـواقـدي وأهـل السيـر أن بين أحـد والخنـدق سنتين. قلنـا: نقـل ابن عمـر أثبت من نقـل الواقدي.

وقد تابعه محمد بن إسحاق على أنه يجوز أن يكون عرض عليه عام أحد وهـو في أول ستة أربع عشرة وعرض عليه عام الخندق وهو في آخـر ستة خمس عشـرة فصار بينهمـا سنتان فإن قيل إن ابن عمر لا يعرف سن نفسه لأنه لم ير قط ولادته فلم يصح إخباره به، قلنا لو كان هذا صحيحاً حتى لا يجوز الإخبار به لما جاز له الإخبـار بنسبه، ولمـا جاز بـأن يقول أنـا ابن عمر لأنه لم ير ولادة نفسه على فراش عمر.

فإن قيل: فقد يعلم بنسبه بالاستعاضة قيل وقـد يعلم بسنه بـالاستعاضـة. ومن الدليـل على ما ذكرنا ما رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «إِذَا اسْتَكْمَلَ الْمَوْلُودُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةٍ كُتِبَ مَا لَهُ وَمَا عَلَيْهِ وَأُخِذَتْ مِنْهُ الْحُدُودُ»[1].

وهذا إن ثبت نص غير محتمل وبما ذكرنا يفسد وجه استدلالهم.

ومن الـدليل على فسـاد ما قـالوا من الفـرق بين بلوغ الغلام والجـارية وأن للسن معنى يثبت به البلوغ فوجب أن يستويا فيه كالاحتلام. ولأن الضعف معنى يوجب الحجر فوجب أن يستويا فيه كالجنون ولأن ما يكمل به تصرفهما يجب أن يستويا فيه ولا يتفاضلا كالرشد، ولأنه حال لو أسلم فيها صح إسلامه أو تصرف فيها ببيع أو شراء صح تصرفه فوجب أن يحكم فيهـا ببلوغه كالثماني عشرة.

فإذا ثبت أن البلوغ يكون بخمس عشرة سنة فـإنما يعني السنين القمـرية التي كـل سنة منها اثنا عشر شهراً هلالاً.

وابتداؤها من حين أن ينفصـل المولـود من بطن أمـه، وكذا لا ميـراث له حتى ينفصـل جميعه حياً من الرحم.

وقال أبو يـوسف ومحمد، وزفـر والحسن بن صالـح إذا خرج أكثـر المولـود من الرحم فحينئذٍ تعتبر أول سنة. وإذا علمت حياته عند خروج أكثره ثم خرج باقية ميتاً ورث.

وما قاله الشافعي أولى لأن أصول الشرع مقررة على أن كل حال ثبت لها حكم لم يزل حكمها إلا بالانفصال عنها كالإيمان.

ولأن وضع الحمل لما أوجب انقضاء العدة لم تنقض إلا بعد انفصـال جميعه صـار في حكم الحمل فلم يجز أن يجري عليه حكم الولادة لتنافيهما.

---

(١) ضعيف أخرجه البيهقي في الكبرى ٥٦/٦ ـ ٥٧ وقال: إسناده ضعيف لا يصح.

فصل: أما الحيض فهو بلوغ في النساء لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إِذَا حَاضَت المَرْأَةُ فَلاَ يَحِلُّ أَنْ يُنْظَرَ إِلَى شَيْءٍ مِنْ بَدَنِهَا إِلاَّ إِلَى وَجْهِهَا وَكَفَّيْهَا»[1] فجعلها بالحيض عورة يحرم النظر إليها فدل على أنها بالحيض صارت بالغة.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لاَ يَقْبَلُ اللَّهُ صَلاَةَ حَائِضٍ إِلاَّ بِخِمَارٍ» يعني بلغت وقت الحيض لا أنه أراد كونها في وقت الحيض، لأن الحائض لا تصح منها الصلاة بحال.

فصل: فأما الحمل فهو دليل على تقدم البلوغ، وليس ببلوغ في نفسه كما وهم فيه بعض أصحابنا، وإنما كان كذلك، لأن الولد مخلوق من ماء الرجل وماء المرأة، قال الله تعالى: ﴿فَلْيَنْظُرِ الإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ خُلِقَ مِنْ مَاءٍ دَافِقٍ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ﴾ [الطارق: ٧، ٨]، يعني أصلاب الرجال وترائب النساء.

وقال تعالى: ﴿إِنَّا خَلَقْنَاهُ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ﴾ [الدهر: ٢] أي أخلاط فإذا كان الولد مخلوقاً من ماءيهما دل الحمل على تقدم إنزالهما فصار دليلاً على تقدم بلوغهما.

فصل: فأما الخنثى المشكل فيكون بالغاً بالسن إذا استكمل خمس عشرة سنة.

فأما الحيض والإنزال فله ثلاثة أحوال:

حال ينفرد بالإنزال.

وحال ينفرد بالحيض.

وحال يجمع بين الحيض والإنزال.

فإذا أنزل نظر فإن كان أنزل من ذكره لم يكن بالغاً لجواز أن يكون امرأة فلا يكون إنزالها من غير الفرج بلوغاً.

وإن كان أنزل من فرجه لم يكن بالغاً لجواز أن يكون رجلاً فلا يكون إنزاله من غير الفرج بلوغاً.

وإن كان أنزل من ذكره وفرجه جميعاً كان بالغاً لأنه إن كان رجلاً فقد أنزل من ذكره وإن كانت امرأة فقد أنزلت من فرجها.

---

(١) أخرجه أبو داود من رواية خالد بن دريك عن عائشة (٤١٠٤) وخالد لم يدرك عائشة، وفيه سعيد بن بشير أخرج له الأربعة قال البخاري: يتكلمون في حفظه، وقال ابن القطان: خالد بن دريك مجهول الحال، وقال ابن الملقن قلت: حاشاه فقد وثقه النسائي وغير واحد
انظر خلاصة البدر المنير ٢/٨٦ تلخيص الحبير ٣/٤٣.

فإن حاض لم يكن بلوغاً بحال سواء خرج الدم من فرجيه معاً أو من أحدهما وإن أنزل وحاض فعلى أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون الحيض والإنزال من فرجه فلا يكون بلوغاً لجواز أن يكون رجلاً.

والثاني: أن يكون الدم والإنزال من ذكره فلا يكون بلوغاً لجواز أن تكون امرأة.

والثالث: أن يكون الإنزال من فرجه والدم من ذكره فلا يكون بلوغاً لجواز أن يكون رجلاً فلا يكون خروج الدم من ذكره بلوغاً.

والرابع: أن يكون الإنزال من ذكره والحيض من فرجه، فمذهب الشافعي رحمه الله أنه يكون بلوغاً لأنه إن كان رجلاً فقد أنزل من ذكره وإن كانت امرأة فقد حاضت من فرجها.

وقد حكي عن الشافعي في بعض المواضع أنه قال: ولو حاض واحتلم لم يكن بالغاً وليس هذا قولاً له ثانياً كما وهم بعض أصحابنا، ولكن له أحد تأويلين:

أحدهما: أنه قال ولو حاض أو احتلم فأسقط الكاتب ألفاً.

والثاني: أنه أراد ولو حاض واحتلم من أحد فرجيه لم يكن بلوغاً، فأما بلوغه بالإنبات فإن كان على أحد الفرجين لم يكن بلوغاً، وإن كان على الفرجين جميعاً كان بلوغاً في المشركين وفي المسلمين على ما ذكرنا.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِذَا أَمَرَ اللَّهُ جَلَّ وَعَزَّ بِدَفْعِ أَمْوَالِ الْيَتَامَى إِلَيْهِمْ بِأَمْرَيْنِ لَمْ يَدْفَعْ إِلَيْهِمْ إِلَّا بِهِمَا وَهُوَ الْبُلُوغُ وَالرُّشْدُ (قال الشافعي) وَالرُّشْدُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ الصَّلَاحُ فِي الدِّينِ حَتَّى تَكُونَ الشَّهَادَةَ جَائِزَةً مَعَ إِصْلَاحِ الْمَالِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: اليتيم لا ينفك حجره إلا أن يكون رشيداً في دينه وماله.

وقال أبو حنيفة: إذا بلغ غير رشيد فك حجره إلا أن يكون مبذراً.

فيستدام الحجر عليه إلى خمس وعشرين سنة ثم يفك حجره. وإن تصرف قبل استكمال خمس وعشرين سنة ببيع أو شراء صح تصرفه. إستدلالاً بقوله تعالى: ﴿حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦].

فذكر الرشد منّكراً فاقتضى رشداً «ما» وصلاحه لماله في حالة «ما» نوع من الرشد.

ولأنه مكلف غير مبذر فوجب أن يفك حجره كالرشيد في دينه.

ولأن بلوغ الكافر عاقلاً يوجب فك حجره مع عدم الرشاد في دينه فالمسلم إذا بلغ

عاقلاً أولى بفك الحجر عنه؛ ولأن اليتيم محجور عليه في ماله ونكاحه فلما انفك الحجر عن نكاحه إذا بلغ عاقلاً. وجب أن يفك الحجر عن ماله إذا بلغ عاقلاً.

والدلالة على ما قلناه: قوله تعالى: ﴿حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦] فأمر بدفع أموالهم إليهم بشرطين: البلوغ والرشد.

فلم يجز أن يدفع إليهم بوجود البلوغ دون الرشد كما لا يجوز أن يدفع إليهم بوجود الرشد دون البلوغ فمن لم يكن مصلحاً في دينه لا ينطلق اسم الرشد عليه.

فإن قيل: فالرشد هو العقل كان الجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن الرشد عرفاً مستعملاً في صلاح الدين والمال فلم يجز أن يحمل على العقل وإن كان بعض شرائط الرشد.

والثاني: أنه أمر باختباره قبل الرشد ومن لا عقل له لا يحتاج إلى اختبار لظهور أمره فكان حمله على من يشتبه أمره ليحتاج إلى اختبار أولى وَرُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «اقْبِضُوا عَلَى أَيْدِي سُفَهَائِكُمْ»[1].

والعادم للرشد سفيه فوجب أن يكون مقبوضاً على يده ممنوعاً من تصرفه في ماله ولأنه بلغ غير رشيد فوجب أن يمنع من ماله كالمجنون أو المبذر قبل الخمس والعشرين. ولأنه ممنوع من ماله فوجب أن لا ينفذ تصرفه كالصغير، ولأنه يملك ما ندب إليه من صلاحي رشده وهما صلاح نفسه بالدين وصلاح ماله بالقصد فلما كان صلاح ماله بالبلوغ معتبراً فأولى أن يكون صلاح نفسه معتبراً. فأما الآية فقد جعلناها دليلاً لنا وما حملوها عليه مما انطلق عليه اسم رشد. «ما» غير صحيح؛ لأن التلفظ بالشهادتين رشد ودفع الأذى من الطريق رشد. وذلك مما لا يستحق به فك الحجر.

وكذلك ما ذكروا لا يكون رشداً مطلقاً والسفيه ليس برشيد لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ﴾ [النساء: ٥].

وأما قياسهم على الرشيد فالمعنى فيه الإصلاح في الدين والمال.

وما ذكروه من النكاح «والمال» فهما سواء متى لم ينفك الحجر عن ماله لم ينفك عن نكاحه. وأما الكافر فهو رشيد في دين نفسه، لأن الرشد هو أن ينتهي عما يعتقد تحريمه ويفعل ما يعتقد حسنه ووجوبه، ولا اعتبار في رشده بما يعتقده الغير من قبح وحظر فكان اسم

(١) ضعيف أخرجه الطبراني في الكبير عن النعمان بن بشير وذكره المتقي الهندي في كنز العمال (٥٥٢٥) (٥٥٨٦) وانظر فيض القدير ٣٠/٤٣٥.

الرشد منطلقاً عليه، وإن كان كافراً يفك الحجر عنه. ولا ينطلق اسم الرشد على المسلم إذا كان فاسقاً فلم يفك الحجر عنه. كما يلي الكافر على مال ولده ولا يلي الفاسق على مال ولده.

فصل: فأما قول الشافعي رضي الله عنه والرشد الصلاح في الدين حتى تكون الشهادة جائزة مع إصلاح المال. فقد اختلف أصحابنا في قوله حتى تكون الشهادة جائزة ما الذي أراد به على وجهين:

أحدهما: أن مراده به أن يكون بوصف من تجوز شهادته فلا يرتكب محظوراً ولا يأتي قبيحاً ولا يخل بواجب.

والثاني: أنه أراد أن يكون بوصف من تكون الشهادة له بالرشد جائزة لظهور أفعاله الجميلة وانتشار سداده عند أكفائه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنَّمَا يُعْرَفُ إِصْلَاحُ المَالِ بِأَنْ يُخْتَبَرَ اليُتْمَانُ وَالاخْتِبَارُ يَخْتَلِفُ بِقَدْرِ حَالِ المُخْتَبَرِ فَمِنْهُمْ مَنْ يَبْتَذِلُ فَيُخَالِطُ النَّاسَ بِالشِّرَاءِ وَالْبَيْعِ قَبْلَ البُلُوغِ وَبَعْدَهُ فَيَقْرُبُ اخْتِبَارُهُ وَمِنْهُمْ مَنْ يُصَانُ عَنِ الأَسْوَاقِ فَاخْتِبَارُهُ أَبْعَدُ فَيُخْتَبَرُ فِي نَفَقَتِهِ فَإِنْ أَحْسَنَ إِنْفَاقَهَا عَلَى نَفْسِهِ وَشِرَاءِ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ أَوْ يُدْفَعَ إِلَيْهِ الشَّيْءُ اليَسِيرُ فَإِذَا أَحْسَنَ تَدْبِيرَهُ وَتَوْفِيرَهُ وَلَمْ يُخْدَعْ عَنْهُ دُفِعَ إِلَيْهِ مَالُهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح واختبار الأيتام يشتمل على فصلين:

أحدهما: في زمانه.

والثاني: في صفته. فأما زمان الاختبار ففيه وجهان:

أحدهما: بعد البلوغ لأنه الوقت الذي ينفذ فيه تصرفه وتصح فيه عقوده ويثبت لقوله حكم.

والوجه الثاني: يختبر قبل البلوغ ليصل إلى قبض ماله عند بلوغه ورشده ولا يتأخر عنه بعد البلوغ لأجل الاختبار.

كما لزم تعليم الصبي الطهارة والصلاة قبل البلوغ حتى لا يتأخر بعد البلوغ عن أداء الفرض تشاغلاً بالتعليم. فمن قال بهذا ففي كيفية اختباره وجهان:

أحدهما: أن الولي يعطيه ما ينفذ تصرفه فيه من يسير المال. فيبيع به ويشتري ويصح ذلك منه لموضع الضرورة إليه.

والوجه الثاني: أن اليتيم يباشر بما دفع إليه من يسير ماله المساومة وتقدير الثمن واستصلاح العقد، فإذا تقرر له ذلك تولى الولي العقد عنه ولا يصح لعدم بلوغه العقد منه.

فصل: وأما صفة الاختبار فقد يكون بثلاثة أشياء:

أحدها: ما كان اختباراً لدينه وهو لزوم العبادات وتجنب المحظورات وتوقي الشبهات.

والثاني: ما كان اختباراً لماله وهو التوصل إلى الاكتساب والقصد في الإنفاق.

والثالث: ما كان مشتركاً في اختبار دينه وماله وهو حاله فيمن يصاحب من الناس أو يخالط، فإذا تقرر هذا فلا يخلو حال المولى عليه من أن يكون غلاماً أو جارية.

فأما الغلام فلا يخلو من أحد أمرين:

إما أن يكون ممن يستبذل بدخول الأسواق.

أو ممن يصان عنها فإن كان ممن يدخل الأسواق أذن له الولي في دخول السوق التي تليق بمثله ودفع إليه يسيراً من ماله وراعى ما يكون من بيعه وشرائه وأخذه وعطائه.

فإن كان شديداً فيها حسن التدبير لها لا يغبن في شيء منها لم يقنع منه بدفعه واحدة حتى يراعى ذلك منه ثانية وثالثة لأنه قد يجوز أن تكون الأولى منه اتفاقاً لا قصداً، فإذا تكرر ذلك منه علم صحة قصده فيه كالكلب إذا علّم فأمسك مرة لم يصر معلماً لجواز أن يكون منه بالاتفاق فإذا تكرر منه صار قصداً فصار معلماً. فإذا رآه الولي مراراً يمضي على شاكلته في القصد وصواب التدبير وحُسن التقدير علم رشده في المال. وإن رآه على خلاف ذلك من فساد القصد وحصول الغبن علم أنه غير رشيد في المال.

وإن كان ممن يصان عن الأسواق فاختباره أشد فيدفع إليه نفقة يوم ثم من بعدها نفقة أسبوع ثم نفقة شهر. ورعاه الولي في تقديرها وصرفها في وجوهها، وإن كان صاحب ضيعة أذن له في تدبيرها. فإن رآه مصيب الرأي فيها واضعاً للأمور مواضعها يقدر النفقة على واجبها علم رشده في ماله وإن رآه بخلاف ذلك علم أنه غير رشيد فيه فهذا اختبار رشده في المال.

وأما اختبار رشده في دينه فهو بمراعاة ما هو عليه من فعل الطاعات واجتناب المعاصي ومصاحبة من يخالط ويماشي، فإن كان مقبلاً على عباداته في أوقاتها الراتبة مجانباً للمعاصي والشبهات مماشياً لأهل الخير والصلاح محافظاً على مروءة مثله علم رشده في دينه.

وإن كان خلاف هذا فهو غير رشيد في الدين.

فإذا اجتمع رشده في دينه وماله وجب فك حجره، فإن كان الولي أباً أو جداً انفك الحجر عنه برشده من غير حكم حاكم لأن ولاية الأب لما ثبتت بغير حكم ارتفعت بالرشد من غير حكم، وإن كانت الولاية لأمين حاكم لم ترتفع عنه إلا بحكم لأنه لما ثبتت ولايته بحكم لم ترتفع إلا بحكم. وإن كانت الولاية لوصي أب أو جد فعلى وجهين:

أحدهما: أنها ترتفع بالرشد من غير حكم كالأب لثبوتها للوصي بغير حكم.

والثاني: أنها لا ترتفع إلا بحكم لأن ولاية الوصي لم تثبت إلا بغيره كأمين الحاكم.

فإذا صار مفكوك الحجر بما ذكرنا وجب تسليم ماله إليه فإن منع منه صار المانع له منه مع زوال العذر ضامناً له فإن عقد له فيه عقداً من بيع أو شراء كان عقده باطلاً.

فصل: فإذا أراد ولي اليتيم أن يأخذ من ماله أجرة بحق قيامه فإن كان الولي فقيراً جاز له أن يأخذ من ماله أجر مثله بحق قيامه عليه. لقوله تعالى: **﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾** [النساء: ٦]. وإن كان غنياً فعلى وجهين:

أحدهما: لا يجوز لقوله تعالى: **﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾** [النساء: ٦] يعني بماله عن مال اليتيم.

والوجه الثاني: يجوز وإن كان غنياً أن يأخذ الأجرة لأنها عوض عن قيامه فلم يختص بها فقير دون غني كسائر الأجور. وتكون الآية محمولة على الاستحباب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَاخْتِبَارُ المَرْأَةِ مَعَ عِلْمِ صَلَاحِهَا لِقِلَّةِ مُخَالَطَتِهَا فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ أَبْعَدُ فَتَخْتَبِرُهَا النِّسَاءُ وَذَوُو المَحَارِمِ بِمِثْلِ مَا وَصَفْتُ فَإِذَا أُونِسَ مِنْهَا الرُّشْدُ دُفِعَ إِلَيْهَا مَالُهَا تَزَوَّجَتْ أَمْ لَمْ تَتَزَوَّجْ كَمَا يُدْفَعُ إِلَى الغُلَامِ نَكَحَ أَوْ لَمْ يَنْكِحْ لأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى سَوَّى بَيْنَهُمَا فِي دَفْعِ أَمْوَالِهِمَا إِلَيْهِمَا بِالْبُلُوغِ وَالرُّشْدِ وَلَمْ يَذْكُرْ تَزْوِيجاً وَاحْتَجَّ الشَّافِعِيُّ فِي الْحَجْرِ بِعُثْمَانَ وَعَلِيٍّ وَالزُّبَيْرِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ».

قال الماوردي: وهذا صحيح: واختبار الجارية في رشدها أصعب من اختبار الغلام؛ لأن حال الغلام أظهر وحال الجارية أخفى والذي يتولى اختبارها ذوو محارمها ونساء أهلها بخلاف الغلام الذي يجوز للولي أن يتولى اختباره وإن كان أجنبياً.

وحال النساء أيضاً يختلف في البروز والخفي فيدفع إليهما من مالها ما تتولى إنفاقه على نفسها وفي تدبير خدمها ومنزلها فإذا وجد منها القصد في جميعه وأصابت تدبير ما يتولاه النساء من أمور المنازل واستغزال الكسوات مع صلاح رشدها في الدين علم رشدها ووجب فك حجرها سواء تزوجت أو لم تتزوج.

وقال مالك: لا يجوز أن يفك حجرها حتى تتزوج، ولا يجوز تصرفها بعد التزويج إلا أن تصير عجوزاً معنسة. إلا بإذن الزوج.

واستدل على بقاء الحجر عليها إلى أن تتزوج بقوله تعالى: ﴿حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦].

وبلوغ النكاح هو التزويج فاقتضى أن يكون شرطاً في فك الحجر.

واستدل على أنه لا يجوز تصرفها بغير إذن الزوج بقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣٤].

وبحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «لَا يَحِلُّ لامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ أَنْ تَتَصَرَّفَ فِي مَالِهَا بَعْدَ أَنْ مَلَكَ الزَّوْجُ عِصْمَتَهَا بِإِذْنِهِ»[١].

وهذا نص ولما روي عنه ﷺ: أنه قال: «لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ عَطِيَّةٍ شَيْءٍ إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا»[١].

ولأن مال الزوجة في الغالب مقصود في عقد نكاحها لأن العادة جارية بزيادة صداقها لكثرة مالها وقلته لقلة مالها وهو لا يملك ذلك عليها فاقتضى أن يملك فيه منعها.

والدلالة على أنها تستحق فك الحجر بالبلوغ والرشد من غير تزويج قوله تعالى: ﴿حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦]. وبلوغ النكاح إنما هو بلوغ زمانه كالغلام فلم يجز أن يضم إلى هذين الشرطين ثالث لما فيه من إسقاط فائدة الشرط والغاية.

ولأن ما انفك به الحجر بعد التزويج انفك به حجر الجارية كالمزوجة ولأن الجارية قبل التزويج أشح لما تحتاج إليه من مؤنة جهازها ونفقة نفسها وبعد التزويج أسمح لسقوط الجهاد عنها ووجوب النفقة على زوجها.

والغلام ضدها، لأنه قبل التزويج أسمح لقلة مؤونته وبعد التزويج أشح لكثرة مؤونته، فلما جاز فك الحجر عن الغلام قبل التزويج في أسمح حاليه فأولى أن يفك حجر الجارية قبل التزويج في أشح حاليها.

والدلالة على جواز تصرفها بغير إذن الزوج ما روي: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ خَطَبَ عَلَى النِّسَاءِ فِي يَوْمِ عِيدٍ فَقَالَ تَصَدَّقْنَ وَلَوْ مِنْ حُلِيِّكُنَّ فَجَعَلَتِ الْمَرْأَةُ تَتَصَدَّقُ بِخَاتَمِهَا وَقُرْطِهَا. ولم يعتبر

---

(١) أخرجه الشافعي في المسند (٣٤٥٧) والنسائي ٥/ ٢٦٥، ٦/ ٢٧٨ وأحمد في المسند ٢/ ٢٠٧ والبيهقي ٦/ ٦٠.

فيـه إذن زوجها، ولأن من استحق تسليم مـاله إليـه استحق جواز تصـرفه فيـه كالغـلام؛ ولأن للزوجة حقاً في يسار الزوج في زيادة النفقة ما ليس للزوج في يسار الزوجة فلما جاز تصـرف الزوج بغير إذن الزوجة مـع حقها في يسـاره فأولى أن يجـوز تصرف الـزوجة بغيـر إذن الزوج لسقوط حقه بيسارها فأما الجواب عن الآية فقد ذكرنا وجه الاستدلال منها فكان جواباً عنها.

وأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿الرِّجَـالُ قَوَّامُـونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾[النسـاء: ٣٤] فهو أن المراد به أنهم أهل قيام على نسائهم في تأديبهن على ما يجب عليهنّ.

وقد روى جريـر بن حازم عن الحسن أَنَّ سَبَبَ ذَلِـكَ أَنَّ رَجُلاً مِنَ الأَنْصَـارِ لطم امـرأته فجاءت تلتمس القصاص فجعل النبي ﷺ بينهما القصاص فنزلت الآية: ﴿وَلاَ تَعْجَلْ بالقرآنَ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُقْضِى إليك وَحْيُهُ﴾ [طه: ١١٤]. ثم نـزلت ﴿الرِّجَـالُ قَوَّامُـونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَـا فَضَّـلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾ النساء: ٣٤]. فلم يكن في الآيـة على ما استـدل به مـالك دليل.

وأما الجواب عن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فهـو أنه ضعيـف. ولـو صح لكان محمولاً على المبذرة إذا ولى الزوج الحجر عليها.

وأما الجواب عن قوله: «لاَ يَحِلُّ لامْرَأَةٍ عَـطِيَّة شَيْءٍ إلاَّ بِـإِذْنِ زَوْجِهَا» فهـو أنه محمـول على مال الزوج.

وأما الجواب عن قوله أن المهـر يزيـد بزيـادة مالهـا وينقص بنقصانـه فهو أنـه وإن كان كذلك فلأجل ما يعود في الزوج من توفير المال بالإرث وسقوط نفقة أولاده عنه بالإعسار.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا كَانَ وَاجِباً أَنْ يَحْجَرَ عَلَى مَنْ قَارَبَ البُلُوغَ وَقَدْ عَقَلَ نَظَراً لَهُ وَإِبْقَاءً لِمَالِهِ فَكَانَ بَعْـدَ البُلُوغِ أَشَدَّ تَضْيِيعـاً لِمَالِـهِ وَأَكْثَرَ إِتْـلاَفاً لَـهُ لاَ يَجِبُ الْحَجْرُ عَلَيْهِ وَالْمَعْنَى الَّذِي أُمِرَ بِالْحَجْرِ عَلَيْهِ بِهِ فِيهِ قَائِمٌ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: السفيه المبذر لماله يجب الحجر عليه وإن كان بالغاً.

وقـال أبو حنيفـة وزفر: لا يجـوز أن يبتدىء الحجـر على بالـغ عاقـل وإن كان سفيهـاً مبذراً.

استدلالاً بأن الله عز وجل: أمر بالإنفاق ونهى عن الإمساك فقال تعالى: ﴿وَأَنْفِقُـوا مِنْ مَّا رَزَقْنَاكُمْ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَأْتِي أَحَدَكُمْ الْمَوْتُ﴾ [المنافقون: ١٠].

وقال: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ [آل عمران: ٩٢].

فلم يجز أن يكون فعل ما ندب إليه يـوجب الحجر عليـه، وقال النبي ﷺ: «لَيْسَ لَـكَ

مِنْ مَالِكَ إِلَّا مَا أَكَلْتَ فَأَفْنَيْتَ أَوْ لَبِسْتَ فَأَبْلَيْتَ أَوْ تَصَدَّقْتَ فَأَمْضَيْتَ»[1] فكان ذلك حثاً منه على الإنفاق للمال وترك إمساكه.

وروى الحسن عن النبي ﷺ أنه قال: «لَا حِجْرَ عَلَى حُرٍّ»[2] فهذا نص ولأنه حر مكلف فلم يجز أن يحجر عليه كغير المبذر؛ ولأن من حجر عليه في عقوده حجر عليه في إقراره كالمجنون ومن لم يحجر عليه في إقراره لم يحجر عليه في عقوده كالرشيد.

فلما صح إقراره على نفسه صح في ماله وعقوده.

وتحريره قياساً أن من قبل إقراره على نفسه قبل إقراره في ماله كالرشيد.

ولأن تصرف الإنسان في مال نفسه أقوى من تصرف غيره في ماله فلما لم يصح منه إبطال عقوده المستقبلة. فأولى أن لا يصح في غيره أن يبطل عقوده المستقبلة.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَاماً وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا﴾ [النساء: ٥] الآية.

والمراد بالسفهاء البالغون العقلاء، لأن السفه صفة قيام لا تتوجه إلا علماً مكلف فدلت هذه الآية على استحقاق الحجر بالسفه من وجهين:

أحدهما: قوله تعالى: ﴿الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَاماً﴾ [النساء: ٥] أن جعل الله لكم القيام عليها.

والثاني: قوله تعالى: ﴿وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ﴾ [النساء: ٥]، ولا يجوز أن يتولى ذلك الأولى.

وقوله تعالى: ﴿أَمْوَالَكُمْ﴾ يعني أموالهم وإنما أضاف ذلك إلى الأولياء لتصرفهم فيه ألا ترى أنه أمر بالانفاق عليهم منها ولا يجب الإنفاق من غير أموالهم. وقد قال سبحانه: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

فأثبت الولاية على السفيه وفرق بينه وبين المجنون والصغير.

وروى عطاء عن سعيد عن قتادة عن أنس: أن رجلاً على عهد رسول الله ﷺ كان يبتاع وكان في عقدته ضعف فأتى أهله نبي الله ﷺ: قالوا: يا نبي الله احجر على فلان فإنه يبتاع وفي

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب الأيمان باب ٦١ حديث (٢٢٣) وأبو داود في كتاب الأيمان باب (٢) والترمذي أبو داود (١٣٤٠) والبيهقي في السنن ١٠/١٣٧ والطحاوي في معاني الآثار ٤/١٤٨.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٦/٢٩١.

عقدته ضعف فدعاه النبي ﷺ فنهاه عن البيع فقال يا رسول الله لا أصبر عنه، فقال: إن كنت غير تارك فقل لا خِلاَبَة. فدل هذا الحديث على استحقاق الحجر على البالغ من وجهين:

أحدهما: أنه حجر عليه حجر مثله بأن أثبت له الخيار في عقوده ولم يجعلها منبرمة.

والثاني: سؤالهم الحجر عليه وإمساك النبي ﷺ عن الإنكار.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «خُذُوا عَلَى أَيْدِي سُفَهَائِكُمْ» ولا يمكن الأخذ على أيديهم إلا بالحجر عليهم.

وروي أنه ﷺ: حَجَرَ عَلى مُعَاذٍ لأَجْلِ غُرَمَائِهِ فَكَانَ الْحِجْرُ عَلَى السَّفِيهِ لِحَقِ نَفْسِهِ أَوْلَى، وَلأَنَّهُ إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ، وهو ما روي أن عثمان بن عفان رضي الله عنه مرّ بأرض سبخة فقال: لمن هذه؟ فقالوا: كانت لفلان واشتراها عبد الله بن جعفر بسنين ألف درهم فقال: ما يسرني أن تكون لي بنعلين. ثم رأى علي بن أبي طالب فقال: لم لا تقبض على يد ابن أخيك وتحجر عليه، فعلم عبد الله بن جعفر بذلك فلقي الزبير بن العوام وذكر له الحال فقال شاركني فيها فشاركه ثم أقبل عليّ إلى عثمان رضي الله عنهما يسأله الحجر على عبد الله فقال عثمان: كيف أحجر على من شريكه الزبير[1].

وكان معروفاً بالإمساك والاستصلاح فصارت شركته شبهة تنفي استحقاق الحجر فكان ذلك منهم ومن باقي الصحابة في إمساكهم إجماعاً منعقداً على استحقاق الحجر على البالغ وروي عن عبد الله بن الزبير أنه لما بلغه عن عائشة رضي الله عنها أنها تبذر مالها في العطايا والصلاة والصدقات فقال: لَتَنْتَهِيَنَّ عَائِشَةُ أَوْ لأَحْجُرَنَّ عَلَيْهَا فَبَلَغَ ذَلِكَ عَائِشَةَ فَحَلَفَتْ أَنْ لاَ تُكَلِّمَه حَتَّى رَكِبَ إِلَيْهَا فَاعْتَذَرَ لَهَا وَكَفَّرتْ عَنْ يَمِينِهَا وَكَلَّمتهُ[2]. فدل على أن الحجر على البالغ مشهور، فيهم وإن كان ابن الزبير وهم في موجبه لأن عن من صرف ماله في القرب لم يستحق به الحجر.

وقد روي أن مروان بن الحكم راسل عائشة رضي الله عنها بمثل ذلك ولأن عدم التدبير ووجود التبذير يوجب ثبوت الحجر كالصغير: ولأن ما يستدام به الحجر لاستدامته وجب إذا طرأ أن يبتدىء الحجر به كالجنون.

فأما الجواب عن قولهم أنه تعالى أمر بالإنفاق في الآيتين المذكورتين. فهو أنه أمر بالإنفاق في الطاعات دون التبذير والإنفاق في المعاصي لأنه لا يجوز أن يأمر بما نهى عنه ودل على قبحه، وكذا الجواب عن الخبر.

وأما الجواب عن قوله ﷺ: «لاَ حِجْرَ عَلَى حُرٍّ». فحديث مرسل ولو صح لاحتمل حِجْرَ حجر عليه بغير حكم. وأما قياسهم على الرشيد فالمعنى فيه فيه وجود الإصلاح منه.

---

(١) أخرجه الشافعي(١٣٢٩) والبيهقي ٦/٦١ وانظر خلاصة البدر المنير ٢/٨٤.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦/٦٢.

وأما قياسهم بعلة أنه ممن يصح إقراره على نفسه فالمعنى فيه انتفاء التهمة عنه فيما يتعلق بنفسه ولحقوقها فيما يتعلق بماله كالعبد.

وأما الجواب عن استدلالهم بأنه لما لم يجز أن يبطل ما يستقبل من عقود نفسه فأولى أن لا يجوز ذلك لغيره فهو أن غيره لم يبطل عقوده المستقبلة وإنما وقوع الحجر عليه منع من صحة العقود منه.

فصل: فإذا ثبت جواز الحجر على الكبير بالسرف والتبذير فلا يخلو حال ذي المال من أربعة أحوال:

أحدها: أن يكون مصلحاً لدينه مصلحاً لماله فهذا هو الرشيد الذي يجوز أمره وتصح عقوده.

والحال الثاني: أن يكون مفسداً في دينه لظهور فسقه في ماله لظهور تبذيره فهذا هو السفيه الذي يستحق الحجر عليه بما نذكره من أحوال التبذير.

والحال الثالث: أن يكون مصلحاً لدينه مفسداً لماله بالتبذير له فلا يخلو حال تبذيره من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون بالغبن الذي يلحقه في بيوعه وأشريته فهذا يستحق الحجر به.

القسم الثاني: أن يكون التبذير بانفاق ماله في المعاصي فهذا أيضاً مما يوجب الحجر عليه.

والقسم الثالث: أن يكون التبذير بانفاق ماله في الطاعات والصلات فليس ذلك تبذيراً وهو فيه مأجور والحجر عليه غير جائز.

القسم الرابع: أن يكون تبذيره بانفاق ماله في ملاذه والإسراف في ملبوسه والإنفاق في شهواته حتى يتجاوز في جميعها الحد المألوف والقدر المعروف ففي وجوب الحجر عليه وجهان:

أحدهما: يحجر عليه بذلك لأنه انفاق في غير حق.

والوجه الثاني: لا حجر عليه في ذلك لإباحته فهذا حكم الحال الثالث.

وأما الحال الرابعة: فهو أن يكون مصلحاً في ماله مفسداً في دينه لفسقه وفجوره فقد اختلف أصحابنا في وجوب الحجر عليه. فقال أبو العباس بن سريج يجب الحجر عليه بفسقه بأن كان مصلحاً في ماله لأنه لما كان فساد الدين شرطاً في استدامة الحجر كان شرطاً في ابتداء الحجر كالفساد في المال. وقال أبو إسحاق المروزي لا يجوز الحجر عليه إذا كان مصلحاً في ماله لعدم التأثير به وفرق بين الكبير والصغير في استدامة الحجر على الصغير بإفساد الدين وعدم ابتداء الحجر على الكبير بإفساد الدين بأن الصغير قد ثبت الحجر عليه فلم يرتفع إلا برشد كامل والكبير مرفوع الحجر فلم يثبت عليه إلا بسفه كامل.

فصل: فأما الشحيح الذي يبخل على نفسه في النفقة فلا يأكل حسب كفايته ولا يلبس بقدر حاله شحاً على نفسه وبخلاً وحباً للمال وجمعاً، فقد كان أبو العباس بن سريج وأبو سعيد الاصطخري يوجبان الحجر عليه بالشح والتقصير كما يوجبه بالسرف والتبذير.

لأن الله تعالى فقد نهى عنهما فقال: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَى عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ﴾[الإسراء ٢٩]

وذهب سائر أصحابنا إلى أنه لا حجر عليه، لأن الحجر يفيد جمع المال وامساكه لا إنفاقه.

وليس كل منهي عنه يوجب الحجر. فمن قال بإيجاب الحجر عليه لم يمنع من عقوده ولا كفه عن التصرف في ماله. ولكن ينفق عليه جبراً بالمعروف من ماله إلا أن يخاف عليه إخفاء ماله لعظم شحه فيمنع من التصرف فيه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا حَجَرَ الإِمَامُ عَلَيْهِ لِسَفَهِهِ وَإِفْسَادِهِ مَالَهُ أَشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ» قال الماوردي: وهذا صحيح لأن حجر السفه لا يثبت إلا بحكم حاكم بخلاف حجر الصغر والجنون لأن ثبوت السفه يكون باجتهاد فلم يثبت إلا بحكم حاكم والصغر والجنون لا اجتهاد فيه وهو بالنص فثبت بغير حكم وسواء كان للسفيه أب وأم فإذا ثبت عند الحاكم من سفهه ما يستحق به الحجر عليه حجر عليه.

وحجر السفه أعم من حجر الفلس لأن حجر الفلس يختص بماله دون عقوده التي لا تعلق لها بماله وحجر السفه عام في جميع عقوده. فيقول في السفه قد حجزت على فلان بخلاف الفلس في الوجهين الماضيين لأن لفظ الحجر أعم.

فإذا حجر عليه قولاً على ما مضى أشهد على نفسه بالحجر عليه. وهل ذلك شرط في ثبوت الحجر عليه أم لا على وجهين:

أحدهما: لا يفتقر إلى الشهادة لأن الحجر حكم وثبوت الحكم لا يفتقر إلى الإشهاد كسائر الأحكام.

والوجه الثاني: وبه قال أبو علي بن أبي هريرة أن الحجر لا يصح إلا بالإشهاد عليه لأن المقصود بالحجر إظهار منعه من التصرف في ماله ليتحفظ الناس من معاملته وهذا المعنى لا يحصل إلا بالإشهاد

فعلى هذا لا يتم الحجر قبل الإشهاد. ويكون جائز التصرف فإذا أشهد فقد تم الحجر. ويختار له بعد الإشهاد أن ينادي في الناس بإيقاع الحجر عليه ليكون أشهر لأمره.

فإن لم يناد فيهم بالحجر عليه جاز وكان تصرفه بعد الإشهاد مردود أو سواء أظهر الشاهدان ذلك أو كتماه. والله أعلم

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَمَنْ بَايَعَهُ بَعْدَ الحَجْرِ فَهُوَ المُتْلِفُ لِمَالِهِ» قال الماوردي: وهذا كما قال مبايعة المحجور عليه بالسفه باطلة. فإن كان السفيه هو البائع انتزع ما باع من يد مشتريه لفساد العقد فيه فإن تلف المبيع في يده المشتري كان مضموناً عليه بالقيمة دون الثمن وإن كان السفيه هو المشتري كان لبائعه انتزاع ذلك من يد السفيه إن كان باقياً. وإن كان تالفاً فلا ضمان على السفيه لا في الحال ولا بعد فك الحجر. لأن من عامله مع ظهور حاله صار هو المتلف لماله.

ولكن هل يلزمه غرم ذلك فيما بينه وبين الله تعالى بعد فك الحجر عنه فتياً لا حكماً على وجهين:

أحدهما: لا يلزمه لأن اختيار المالك لمعاملته رضا منه باستهلاكه وهذا قول أبي علي بن أبي هريرة.

والوجه الثاني: يلزمه غرمه فيما بينه وبين الله تعالى لأنه مكلف استهلاك مالٍ على طريق المعاوضة وهذا قول أبي ثور.

ولكن لو ضمن مالاً بطل ضمانه ولم يلزمه الغرم حكماً ولا فيما بينه وبين الله تعالى وجهاً واحداً. لأنه ليس في الضمان استهلاك وإنما هو مجرد التزام إذا بطل سقط حكمه.

فصل: فأما عقد الخلع فيصح من السفيه وإن كان من عقود المعاوضات. لأنه لما صح منه الطلاق بغير عوض فأحرى أن يصح منه بعوض ويكون ذلك استفادة مال محض كما يصح منه قبول الهبة والوصية لأنه استفادة مال محض. ولا يجوز له بعد خلعه أن تسلم الزوجة مال الخلع إليه وتسلمه إلى وليه لأنه بالحجر قد سقط حقه من قبض ماله.

فإن قبضه السفيه فبادر الولي إلى أخذه منه سقط عن الزوجة.

وإن أتلفه السفيه كان الحق باقياً في ذمة الزوجة وعليها دفعة ثانية إلى الولي ولا رجوع لها على السفيه بما دفعت إليه إذا استهلكه. وهكذا إذا قبل السفيه الهبة والوصية لم يجز أن يسلمها إليه فإن سلم ذلك إليه فاستهلكه وجب على من أقبضه ذلك غرم الوصية دون الهبة. لأنه قد ملك الوصية بقبوله فيلزم غرمها له ولم يملك الهبة بقبوله فلم يجب غرمه.

فصل: فأما عقد الإجارة فلا يصح منه مستأجراً كان أو مؤجراً لأن الإجارة عقد معاوضة كالبيع.

فإن أجر نفسه فإن كان فيما هو مقصود من عمله مثل أن يكون صانعاً وعمله مقصود في كسبه لم يصح ذلك منه وتولى الولي العقد عليه.

وإن كان غير مقصود مثل أن يؤجر نفسه في حج أو وكالة في عمل وليس عمله مقصوداً في كسبه لاستغنائه بماله صحت الإجارة لأنه لما جاز أن يتطوع عن غيره بهذا العمل فأولى أن يجوز منه بعوض.

فصل: فأما هبته وعتقه وكتابته فكل ذلك باطل لا يصح منه ولكن يصح منه التدبير والوصية. لأن تأثير ذلك بعد زوال الحجر بالموت.

فلو مرض السفيه وأعتق في مرضه ثم مات فقد اختلف أصحابنا هل يغلب عليه حجر السفه أو حجر المرض على وجهين:

أحدهما: أنه يغلب حجر السفه لأنه أسبق ولأن حدوث ما يوجب الحجر لا يرفع حكم الحجر المتقدم فعلى هذا يكون عتقه باطلاً.

والوجه الثاني: أن حجر المرض أغلب لأنها حال تستحق حفظ المال فيها للوارث. فعلى هذا يكون عتقه ماضياً في ثلثه كالمريض.

فصل: فأما مداييناته فتنقسم ثلاثة أقسام:

[الأول]: قسم يستقر وجوبه باختيار أربابه كالقرض ومهور الزوجات وأثمان المبيعات فهذا لا يضمنه وغرمه لا يلزمه.

[الثاني] وقسم يستقر وجوبه بلا اختيار أربابه كأروش الجنايات وقيم المتلفات فهذا يجب عليه ضمانه.

ويلزمه غرمه؛ لأنه لما لزم ذلك الصبي والمجنون، فأولى أن يجب على السفيه.

[الثالث]: قسم يكون السبب فيه باختيارهم وحصول الوجوب بغير اختيارهم كالوديعة إذا تلفت والعارية إذا استهلكت فلا يخلو تلف ذلك وهلاكه من أن يكون بفعل السفيه أو بغير فعله. فإن كان تلفه بغير فعله كان ضمانه هدراً وهو تالف من مال مالكه، لأنه بتسليمه قد عرضه لهلاكه.

وإن كان تلفه بفعله بأن أتلف الوديعة التي أودعها أو استهلك العارية التي استعارها ففي وجوب غرم ذلك وجهان:

أحدهما: غرمه على السفيه واجب تغليباً لحكم الإتلاف لأنه بغير اختياره.

والوجه الثاني: لا غرم عليه تغليباً لحكم التسليم لأنه كان باختياره.

فصل: فأما إقراره فينقسم ثلاثة أقسام: قسم يلزم. وقسم لا يلزم. وقسم مختلف في لزومه. فأما ما يلزم إقراره فيه فهو ما تعلق ببدنه كإقراره بما يوجب حداً أو قوداً فيستوفى ذلك منه لانتفاء التهمة عنه ولتعلقه بما لم يقع الحجر عليه. فلو عفا من أقر له بالقود إلى المال ثبت له المال لأنه فرع لقود ثبت بالإقرار. وهكذا لو أقر بابن ثبت نسبه بإقراره فلو أقر بابن أمة ثبت النسب بإقراره وصار حراً.

وقال أبو ثور: إقراره به باطل لا يثبت نسباً ولا يوجب عتقاً.

وقال محمد بن الحسن: يثبت نسبه ويصير حراً يسعى في قيمته. وما قلناه أولى لأنه لو أولد أمته ثبت نسبه وصار حراً فكذلك إذا كان به مقراً. وأما ما لا يلزم بإقراره فهو ما تعلق بالمال لحصول التهمة فيه سواء كان المال عن معاملة أو إتلاف، لكن إن كان عن إتلاف لزم بقيام البينة، وإن كان عن معاملة لم يلزم وإن قامت به البينة، فلو فك حجره لم يلزمه في الحكم ما كان أقر به. وأما فيما بينه وبين الله تعالى فإن كان ما أقر به قد لزمه قبل حجره بقرض كان اقترضه أو بيع كان ابتاعه لزمه فيما بينه وبين الله تعالى أداء ذلك بعد فك حجره. وإن كان لزوم ذلك في حال الحجر ففي لزوم ذلك فيما بينه وبين الله تعالى وجهان على ما مضى. وأما ما اختلف قوله في لزوم إقراره به فشيئان:

أحدهما: جنايات الخطأ على النفوس ففي لزومها بإقراره قولان:

أحدهما: لا يلزم لتعلقها بالمال كإقراره باستهلاك الأموال.

والقول الثاني: أنها تلزم بإقراره لتغليظ النفوس وإنه لما ثبت عمدها بإقراره ثبت خطؤها بإقراره.

وأما الثاني: فهو السرقة يقربها ففي لزومها ووجوب غرمها بإقراره قولان:

أحدهما: تلزم ويجب غرمها لأنها توجب القطع الذي ينفي التهمة عنه في إقراره به.

والقول الثاني: لا تلزمه لأن أصل إقراره إنما هو بمال لا يثبت بإقراره. فعلى هذا في وجوب قطعه وجهان:

فأما إقرار وليه عنه فلا يصح فيما يتعلق بالأبدان ولا فيما وجب في المال عن جناية وإتلاف ولا فيما تولاه السفيه من عقوده.

ويصح فيما تولاه الولي من البيع والشراء في ماله فيقر بالبيع وقبض الثمن وبالابتياع وقبض المبيع وبصفات العقد من حلول أو تأجيل وثبوت خيار وانبرام عقد عن تراض وعلى هذا يحمل تأويل قوله تعالى: ﴿فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

فصل: فأما عباداته فتصح منه بدخوله فيها فرضاً كانت أو تطوعاً فلو أحرم بالحج انعقد إحرامه فإن كان الحج تطوعاً لم يجز أن يعطي نفقة الحج من ماله. وإن كان فرضاً وجب على وليِّه أن ينفق عليه من ماله نفقة حجه.

فلو أفسده بوطء مكنه من نفقة المضي فيه حتى ينهيه فأما نفقة لقضاء فعلى وجهين:

أحدهما: يعطيه لوجوبه وهو قول محمد بن الحسن.

والثاني: لا يعطيه لتعلقه بإفساده وأنه لا يؤمن منه في الثاني مثل ما كان منه في الأول وهذا قول أبي ثور. فلو وجب عليه في زمان حجره كفارة فإن كانت كفارة تخيير بين الصوم وغيره كفر بالصوم ولم يجز أن يكفر بالمال.

وإن كانت كفارة ترتيب فلا يجوز أن ينقل إلى الصوم إلا بالإعسار فهل يجري عليه حكم اليسار أو الإعسار على وجهين:

أحدهما: يجري عليه حكم اليسار لوجود ملكه فلا يجوز أن يكفر بالصوم ويكفر بالمال.

والوجه الثاني: يجري عليه حكم الإعسار لأنه بالحجر أسوأ حالاً من المعسر فيكفر بالصوم.

فعلى هذا لو لم يكفر بالصوم حتى فك حجره. فإن قيل إن المراعي بالكفارة حال الأداء لم يجزه الصوم. وإن قيل إن المراعى بالكفارة حال الوجوب فعلى وجهين:

أحدهما: يجزيه الصوم اعتباراً بحاله عند الوجوب.

والثاني: لا يجزيه إلا المال لأنه كان موسراً وإنما ثبوت الحجر عليه كان مانعاً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَتَى أُطْلِقَ عَنْهُ الْحَجْرُ ثُمَّ عَادَ إِلَى حَالِ الحَجْرِ حُجِرَ عَلَيْهِ وَمَتَى رَجَعَ بَعْدَ الْحَجْرِ إِلَى حَالِ الإِطْلَاقِ أُطْلِقَ عَنْهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا حجر الحاكم على رجل بالسفه ثم ظهر رشده وجب على الحاكم أن يفك حجره وفي هذا الرشد الذي يوجب فك حجره وجهان:

أحدهما: الصلاح في الدين والإصلاح في المال وهذا قول أبي العباس بن سريج.

فإن وجد منه الصلاح في الدين ولم يوجد الصلاح في المال. أو وجد منه الإصلاح في المال ولم يوجد منه الإصلاح في الدين وجب استدامة الحجر عليه.

والوجه الثاني: أنه الإصلاح في المال وحده وهو قول أبي إسحاق المروزي.

فإذا ظهر رشده على ما ذكرنا من الوجهين لم ينفك الحجر عنه إلا بحكم الحاكم.

لأن ما يوجب زوال الحجر يفتقر إلى اجتهاد بخلاف الجنون لذي الإفاقة منه ظاهرة ولا يفتقر إلى اجتهاد.

ويرتفع الحجر بوجود الإفاقة من غير حكم. وسواء كانت الولاية على السفيه مردودة إلى أبيه أو غيره. بخلاف الصغير لأن ابتداء الحجر على السفيه لا يثبت إلا بحكم حاكم فلم يرتفع إلا بحكم حاكم، وابتداء الحجر على الصغير يثبت بغير حكم حاكم فجاز أن يرتفع مع الأب بغير حكم، فإذا فك الحاكم الحجر عنه بعودة إلى حال الرشد جاز تصرفه فلو عاد إلى حال التبذير والسفه وجب على الحاكم أن يعيد الحجر عليه.

فإن عاد إلى حال الرشد رفع الحجر عنه فعلى هذا يكون الحكم كلما عاد إلى السفه حجر عليه وإن عاد إلى الرشد فك الحجر عنه لأن كل علة أوجبت حكماً اقتضى أن يكون زوال تلك العلة موجباً لزوال ذلك الحكم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ قِيلَ فَلِمَ أَجَزْتَ إِطْلَاقَهُ عَنْهُ وَهُوَ إِتْلَافُ مَالٍ؟ قِيلَ لَيْسَ بِإِتْلَافِ مَالٍ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَمُوتُ فَلَا تُورَثُ عَنْهُ امْرَأَتُهُ وَلَا تَحِلُّ لَهُ فِيهَا هِبَةٌ وَلَا بَيْعَةٌ وَيُورَثُ وَيُبَاعُ عَلَيْهِ وَيُمْلَكُ ثَمَنُهُ فَالْعَبْدُ مَالٌ بِكُلِّ حَالٍ وَالْمَرْأَةُ لَيْسَتْ بِمَالٍ أَلَا تَرَى أَنَّ الْعَبْدَ يُؤْذَنُ لَهُ فِي التِّجَارَةِ وَالنِّكَاحِ فَيَكُونَ لَهُ الطَّلَاقُ وَالإِمْسَاكُ دُونَ سَيِّدِهِ وَلِمَالِكِهِ أَخْذُ مَالِهِ كُلِّهِ دُونَهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. طلاق المحجور عليه بالسفه واقع وهو قول جمهور الفقهاء.

وقال ابن ابي ليلى وأبو يوسف طلاقه لا يقع لأن الطلاق إتلاف مال كالعتق لأن البضع يملك بالمال ويزول عنه الملك بالمال فلما لم يصح عتقه وجب أن لا يصح طلاقه، ولأن شاهدين لو شهدا على رجل بالطلاق الثلاث ومضى الحكم بشهادتهما فرجع الشاهدان لزمهما مهر المثل.

فلو لم يكن ذلك إتلاف مال ما لزمهما غرم المال. ودليلنا عموم قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وقوله ﷺ: «الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»[1].

---

(١) أخرجه ابن ماجة (٢٠٨٢) والبيهقي ٧/ ٣٧٠ والدارقطني ٤/ ٣٨ وذكره ابن الجوزي في العلل ٢/ ١٥٨ والذهبي في الميزان (٦٧٥٠) وذكره ابن حجر في اللسان ٤/ ١٣٦٣.

ولأن السفيه أحسن حالاً من العبد لحريته وثبوت ملكه فلما صح طلاق العبد فأولى أن يصح طلاق السفيه.

ولأنه يستفيد بطلاقه سقوط النفقة إن كان بعد الدخول ونصف المهر إن كان قبل الدخول فلم يجز أن يمنع من هذه الفائدة ويجبر على التزام النفقة.

وقولهم أنه مال كالعبد غلط لأن العبد يصح بيعه ورهنه ويورث عنه ولا يصح ذلك في الزوجة.

وغرم الشاهدين المهر إنما كان لأجل ما أوقعا من الحيلولة بين الزوجين وتفويت الاستمتاع عليهما وإن لم يتلفا بشهادتهما مالاً.

كما لو شهدا بما أوجب القود لزمتهما الدية وإن لم يكن الحق مالاً. والله أعلم بالصواب.

كتاب الصلح

أملي على كتاب أبي يوسف وما دخل فيه من اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّـهُ قَالَ الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ المُسْلِمِينَ إِلاَّ صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلاَلاً».

قال الماوردي: والأصل في جواز الصلح الكتاب والسنة والأثر والاتفاق فأما الكتاب فقوله تعالى: ﴿لاَ خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلاَّ مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلاَحٍ بَيْنَ النَّاسِ﴾ [النساء: ١١٤].

وقال تعالى: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا﴾[النساء: ١٢٨] الآية.

وقال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاَحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ [النساء: ٣٥].

وأما السنة فما روى عبد الله عن أبي أيوب الأنصاري قال: قال رسول الله ﷺ: «يَا أَبَا أَيُّوبَ أَلاَ أَدُلُّكَ عَلَى صَدَقَةٍ يَرْضَى اللَّهُ مَوْضِعَهَا. قُلْتُ: بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ. قَالَ: تَسْعَى فِي صُلْحٍ بَيْنَ اثْنَيْنِ إِذَا تَفَاسَدُوا وَتُقَارِبُ بَيْنَهُمْ إِذَا تَبَاعَدُوا»(١).

وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلاَّ صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلاَلاً».

وروى كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ: قَالَ لبلال بن الحرث. «اعْلَمْ أَنَّ الصُّلْحَ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلاَّ صُلْحاً حَرَّمَ حَلاَلاً أَوْ أَحَلَّ حَرَاماً وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ، إِلا شَرْطاً حَرَّمَ حَلاَلاً أَوْ أَحَلَّ حَرَاماً»(٢).

---

(١) ذكره الهيثمي في المجمع ٨/٨٣ وعزاه للطبراني وقال: فيه عبدالله بن حفص صاحب أبي أمامة لم أعرفه، وبقية رجاله ثقات.

(٢) أخرجه الترمذي ٣/٦٣٤ (١٣٥٢) كتاب الأحكام وقال: حسن صحيح وابن ماجة ٢/٧٨٨ كتاب =

وروي أن النبي ﷺ مرّ بكعب بن مالك وهو يلازم غريماً له يقال له: ابن أبي حدرد وقد ارتفعت بينهما خصومه، فقال النبي ﷺ لكعب «خُذْ مِنْهُ الشَّطْرَ وَدَعِ الشَّطْرَ»(١).

وأما الأثر فما روى الشافعي عن عمر رضي الله عنهما: أنه قال في عهده إلى أبي موسى الأشعري: الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلاَّ صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلاَلاً.

وروي أن أكثر قضايا عثمان رضي الله عنه كانت صلحاً.

وقد قيل في تأويل قوله تعالى: ﴿وَآتَيْنَاهُ الْحِكْمَةَ وَفَصْلَ الْخِطَابِ﴾[ص: ٢٠] ثلاثة تأويلات:

أحدها: الصلح بين الخصوم.

والثاني: فصل الحكم بنفسه من غير استخلاف فيه.

والثالث: سرعة القضاء وبت الحكم.

وأما الاتفاق فهو إجماع المسلمين على جواز الصلح وإباحته بالشرع.

وإنما اختلف أصحابنا هل هو: رخصة لاستثنائه من جملة محظورة. أو هو: مندوب إليه لكونه أصلاً بذاته؟ على وجهين:

أحدهما: وهو ظاهر قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة أنه رخصه لأنه فرع لأصول يعتبر بها في صحته وفساده وليس بأصل بذاته فصار لاعتباره بغير رخصة مستثناة من جملة محظورة.

والوجه الثاني: وإليه ذهب أبو الطيب بن سلمة أنه مندوب إليه لكونه أصلاً بذاته قد جاء الشرع به وجرى العمل عليه وقد أشار إلى القول به أبو حامد.

فصل: فأما قوله الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً فقد اختلف أصحابنا فيه.

هل هو عام أو محمل على وجهين:

أحدهما: أنه محمل وهو قول من جعله معتبراً بغيره ولم يجعله أصلاً بذاته.

= الأحكام (٢٣٥٣) وفي الباب عن أبي هريرة رضي الله عنه أخرجه أحمد في المسند ٣٦٦/٢ وأبو داود ١٩/٤ كتاب الأقضية (٣٥٩٤) وابن حبان في الموارد ص ٢٩١ كتاب القضاء (١١٩٩) والحاكم في المستدرك ٤٩/٢ كتاب البيوع.

(١) أخرجه الطبراني في الكبير ١٠٢/١٩ وأخرجه أحمد في المسند والحديث متفق عليه بلفظ «يا كعب فأشار بيده كأنه يقول النصف فأخذ نصفاً مما عليه وترك نصفاً».

والثاني: أنه عام وهذا قول من جعله أصلاً بذاته.

فأما الصلح الذي يحرم الحلال فهو: أن يصالحه على دار على أن لا يسكنها، أو يصالح زوجته على أن لا يتزوج عليها، أو على أن لا يطلقها فيحرم على نفسه بالصلح ما أحلّه الله تعالى له من السكنى والنكاح والطلاق.

وأما الصلح الذي يحل الحرام فهو: أن يصالحه من الدراهم على أكثر منها، أو على دنانير مؤجلة أو على خمر أو خنزير.

فيستحل بالصلح ما حرّم عليه من الربا والخمر والخنزير.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَمَا جَازَ فِي الْبَيْعِ جَازَ فِي الصُّلْحِ وَمَا بَطُلَ فِيهِ بَطُلَ فِي الصُّلْحِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح وجملة الصلح ضربان: معاوضة، وحطيطة.

فأما المعاوضة: فهو أن يصالح على حقه من غير جنسه، مثل أن يصالح على دراهم بدنانير أو دنانير بدراهم، فهذا بيع يجري عليه حكم فإن كان مما يدخله الربا كالصلح على الدراهم بالدنانير أو على البر بالشعير لزم فيه القبض قبل الافتراق ودخله خيار المجلس دون خيار الشرط.

وإن كان مما لا ربا فيه جاز فيه الافتراق قبل القبض وثبت فيه خيار المجلس وخيار الثلاث. وصح فيه دخول الأجل وأخذ الرهن فيه فيعتبر في صحته وفساده ما يعتبر في صحة البيع وفساده وهو الذي بدأ به الشافعي.

وأما الحطيطة فهو أن يصالحه من حقه على بعضه وذلك ضربان:

أحدهما: أن يكون الحق في الذمة.

والثاني: أن يكون عيناً قائمه.

فإن كان الحق في الذمة فصورته: أن يدعي عليه مائة دينار فيعترف بها فيصالحه منها على خمسين ديناراً فهذا يكون إبراء.

فإن حط الباقي بعد الخمسين بلفظ الإبراء فقال قد صالحتك على خمسين ديناراً وأبرأتك من الباقي صح. إلا أن يخرج الإبراء مخرج الشرط فيقول: إن أعطيتني خمسين ديناراً فقد أبرأتك من الباقي. أو يقول قد أبرأتك من خمسين ديناراً إن دفعت إلي خمسين ديناراً فلا يصح هذا الإبراء.

وكذلك لو قال إن أقررت لي بحقي فقد أبرأتك من خمسين ديناراً فأقر لم يبرأ من شيء لأن تعليق البراءة بشرط لا يصح.

فإن حط الباقي بغير لفظ الإبراء فقال: قد صالحتك من المائة على خمسين ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قياس قول أبي إسحاق المروزي لا يصح.

والثاني: وهو قياس قول أبي الطيب بن سلمة يصح.

وتوجيه هذين القولين مبني على ما نذكره عنهما فيما بعد. وإن كان الحق عيناً قائمة فصورته:

أن يدعي داراً في يد رجل فيعترف له بها ويصالحه منها على نصفها فهذا يكون هبة.

فإن فعل ذلك بلفظ الهبة فقال بعد أن أقر له بالدار قد وهبت لك نصفها صح. واعتبر فيه ما يعتبر في صحة الهبة من القبول ومرور زمان القبض. وهل يحتاج إلى إذنه في القبض؟ على قولين: وإن لم يذكره بلفظ الهبة بل قال: صالحتك من هذه الدار على نصفها ففيه وجهان:

أحدهما: وهو نص قول أبي إسحاق المروزي أنه لا يجوز لأنه مالك لجميع الدار فلم يجز أن يصالحه على بعضها كما لا يجوز فيما نص عليه الشافعي أن يصالحه على سكناها.

والوجه الثاني: وهو قول أبي الطيب بن سلمة أنه يجوز لأنه لما جاز أن يصالحه على ما في الذمة على بعضه جاز أن يصالحه عن الأعيان على بعضها. ومن هذين يخرج الوجهان الأولان وكل ذلك بناء على اختلاف المذهبين في الصلح هل هو فرع لغيره أو أصل بذاته.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ صَالَحَ رَجُلٌ أَخَاهُ مِنْ مُوَرِّثِهِ فَإِنْ عَرَفَا مَا صَالَحَهُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ يَجُوزُ فِي الْبَيْعِ جَازَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

ومقصود الشافعي بها تفسير قوله فما جاز في البيع جاز في الصلح وما بطل فيه بطل في الصلح، فإذا ورث أخوان تركة صالح أحدهما الآخر على مال من حقه لتصير له التركة كلها بإرثه وصلحه فهذا في حكم البيع لأنه يصير مشترياً من أخيه نصيبه من الميراث فيصح بثلاثة شروط يعتبر بها صحة البيع:

أحدها: معرفة التركة بالمشاهدة لها والإحاطة بها.

والثاني: معرفة قدر ما يستحقه المصالح بالإرث منها.

والثالث: كون العوض معلوماً تنتفي الجهالة عنه.

فإن لم يشاهد التركة أو جهلا حصة المصالح أو قدر العوض بطل الصلح.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ حَقًّا فَصَالَحَهُ مِنْ دَعْوَاهُ وَهُوَ مُنْكِرٌ فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ وَيَرْجِعُ المُدَّعِي عَلَى دَعْوَاهُ وَيَأْخُذُ مِنْهُ صَاحِبُهُ مَا أَعْطَاهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال بالصلح على الإنكار باطل حتى يصالح بعد الإقرار بالدعوى.

وقال أبو حنيفة ومالك يجوز الصلح مع الإنكار استدلالاً بعموم قوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨] ولما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «كُلُّ مَا وَقَى الْمَرْءُ بِهِ عِرْضَهُ فَهُوَ صَدَقَةٌ»[1].

والصدقة تستحب لباذلها وتحل لآخذها فهكذا الصلح. ولأنه بذل مالاً في الصلح مختاراً فصح كالمقر به. ولأنه مدع لم يعلم كذبه فصح صلحه كالمقر له.

ولأن اختلاف الأسامي يوجب اختلاف المعاني، فلما اختص الصلح باسم غير البيع وجب أن يكون مخالفاً لحكم البيع ولو كان لا يجوز إلا بعد الإقرار لكان بيعاً محضاً ولم يكن لاختصاصه باسم الصلح معنى ولأن الاعتبار في الأصول بالآخذ دون الباذل. ألا ترى أن شاهداً لو شهد على رجل بعتق عبده فردت شهادته ثم ابتاعه الشاهد منه حل له أخذ ثمنه لاعتقاد إحلاله. وإن كان الباذل معتقداً لتحريمه فكذلك الصلح يحل للآخذ وإن كان الباذل منكراً.

ولأن في المنع من الصلح مع الإنكار منعاً من الصلح بكل حال لأنه يبعد الصلح مع الإقرار فلم يبق له محل إلا مع الإنكار.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨] والصلح على الإنكار من أكل المال بالباطل. لأنه لم يثبت له حق يجوز أن يعاوض عليه.

وما روي عنه ﷺ أنه قال: «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلَالاً».

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك ٢ / ٥٠ مطولاً وقال: هذا حديث صحيح ولم يخرجاه.

والصلح على الإنكار محرم للحلال ومحل للحرام لأنه يحل المعاوضة على غير حق ثابت وذلك حرام. ويحرّم على المدعي باقي حقه وذلك حلال.

ولأنه صلح على مجرد الدعوى فوجب أن يكون باطلاً كما لو ادعى قتل عمد فصولح عليه مع الإنكار. ولأنه اعتاش عن حق لم يثبت له فوجب أن لا يملك عوضه. أصله إذا ادعى وصية فصولح بمال. ولأنه صالح من لم يعلم صدقه فوجب أن لا يصح كما لو علم كذبه.

ولأنه نوع معاوضة لا يصح مع الجهالة فوجب أن لا يصح مع الإنكار كالبيع.

ولأن الصلح لما لم يجز على مجهول الوصف فأولى أن لا يجوز على مجهول العين.

ولأن المبذول بالصلح لا يخلو من أربعة أحوال:

[الأول]: إما أن يكون مبذولاً لكف الأذى.

[الثاني]: أو يكون مبذولاً لقطع الدعوى.

[الثالث]: أو يكون مبذولاً للإعفاء من اليمين.

[الرابع]: أو يكون مبذولاً للمعاوضة. فلم يجز أن يكون مبذولاً لدفع الأذى لأنه من أكل المال بالباطل. ولم يجز أن يكون لقطع الدعوى لما فيه من اعتبار ما يمنع من الربا وهو: إذا كان الحق ألفاً لم يجز أن يصالحه على أكثر منها. ولو كان دراهم صولح عليها بدنانير لم يجز أن يفارقه قبل قبضها ولو كان لقطع الدعوى لجاز الافتراق. ولم يجز أن يكون للإعفاء من اليمين لما ذكرنا من الأمرين فثبت أنه مبذول للمعاوضة.

والمعاوضة تصح مع الإقرار وتبطل مع الإنكار، لأن ما لم يجب من الحقوق لم يجز المعاوضة عليه.

فأما الجواب عن استدلالهم [بالآية فهو أنها مخصوصة بما ذكرنا من الدلائل.

وأما الجواب عن استدلالهم بقوله عليه السلام][1] «كُلُّ مَالٍ وَقَى الْمَرْءُ بِهِ عِرْضَهُ فَهُوَ صَدَقَةٌ». فهو أن يكون المقصود به البر لأن بذل المال لا يخلو المقصود به من ثلاثة أحوال:

[الأول]: إما أن يقصد به القربة وهو الصدقة.

[الثاني]: أو الصلة وهو الهبة.

---

(١) سقط في أ.

[الثالث]: أو المعاوضة وهو البيع. وليس مال الصلح مقصوداً به البر ولا الصلة فثبت أن المقصود به المعاوضة والخبر لا يتناول المعاوضة فلم يكن فيه دلالة.

وأما الجواب عن قياسهم على المقر فهو أن المعنى في المقر أن العوض مأخوذ عما ثبت له فصح. وفي المنكر عما لم يثبت له فلم يصح.

فأما الجواب عن استدلالهم بأن اختلاف الأسامي يوجب اختلاف المعاني فاقتضى أن يكون الصلح مخالفاً للبيع.

فهو أن البيع مخالف للصلح من وجهين:

أحدهما: أن الصلح في الغالب يكون بعد التنازع والمخاصمة والبيع بخلافه.

والثاني: أن المقصود بالصلح الإرفاق وبالبيع المعاوضة.

فكان افتراقهما من هذين الوجهين لا من حيث ما ذكر من الإقرار والإنكار.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن الاعتبار بالآخذ دون الباذل كالشاهد فهو أنه ليس بصحيح. والشاهد إنما كان له ابتياع من شهد بعتقه لأنه كان محكوماً برقه لبايعه. وإن قصد مشتريه استنقاذه من رقه كما أن قصد من اشترى عبداً مسلماً من كافر استنقاذه من أسره.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن المنع من الصلح من الإنكار يفضي إلى المنع من الصلح بكل حال فغلط؛ لأن المقر له قد يصالح أيضاً إما لكون المقر غاصباً بيده وإما لكونه مماطلاً بحقه ويرى أن يتعجل قبض البعض بالصلح ولا يمنع من الكل بالغصب أو المطل.

فصل: فإذا ثبت أن الصلح مع الإنكار لا يجوز فلو صالحه مع إنكاره كان الصلح باطلاً ولزم رد العوض ولم يقع الإبراء حتى لو صالحه من ألف درهم قد أنكرها على خمسمائة درهم وأبرأه من الباقي لزمه في الحكم رد ما قبض ولم يبرأ مما بقي حتى لو أقام بالألف بينه عادلة كان له استيفاء جميعها، وإنما كان كذلك لأن ما قبضه بالصلح الفاسد لا يملكه كالمقبوض بالبيع الفاسد. والإبراء كان مقروناً بملك ما صالح به فلما لزمه رده لعدم ملكه بطل إبراؤه لعدم صفته، وكمن باع عبداً بيعاً فاسداً فأذن لمشتريه في عتقه فأعتقه المشتري بأذنه لم يعتق، لأن إذنه إنما كان مضموناً بملك العوض فلما لم يملكه بالعقد الفاسد لم يعتق عليه بالإذن، فإن قيل أفيسع صاحب الحق أن يأخذ ما بذل له بالصلح مع الإنكار إذا كان محقاً قيل بسعة ذلك ويجوز فيما بينه وبين الله تعالى فأما في ظاهر الحكم فيجب عليه رده.

فصل: فلو ادعى عليه ألفاً فأنكره ثم أبرأه منها قبل ثبوتها عليه ببينة أو إقرار بريء منها لأن الإبراء إذا لم يكن عن عقد صلح كان مطلقاً فصح وإذا كان عن عقد صلح كان مقيداً

بصحته فبطل ببطلانه ولكن لو لم يبرئه منها بلفظ الإبراء وقال قد حططتها عنك ففيه وجهان لأصحابنا:

أحدهما: أنه قد سقطت المطالبة بها وبرىء منها؛ لأن الحطيطة أحد ألفاظ الإبراء.

والثاني: أن المطالبة باقية ولا يبرأ من شيء لأن الحطيطة إسقاط وإسقاط الشيء إنما يصح بعد لزومه.

فصل: فلو ادعى عليه ألفاً أقر بها ثم صالحه منها على خمسمائة وأبرأه من الباقي فكان ما صالحه عليه من الخمسمائة مستحقاً فالصلح صحيح والإبراء لازم. ويرجع على المقر ببذل ما استحق من يده وإنما كان كذلك لأن ما في الذمم من الحقوق إذا أخذ به مال معين لم يتعين فيه إلا بأحد أمرين:

[الأول]: إما الاستقرار بالقبض باستقرار الملك.

[الثاني]: وإما لتعيينه بعقد لازم. وهذا النوع من الصلح هو إبراء وليس بعقد من عقود المعوضات اللازمة. فغلب حكم الإبراء في صحة الصلح ولم يغلب حكم المعاوضة في إبطال الصلح.

فصل: إذا أقر المدعى عليه بالحق ثم أنكر جاز الصلح، وإن أنكر فصولح ثم أقر كان الصلح باطلاً. لأن الإقرار المتقدم لا يبطل بالإنكار الحادث فصح الصلح إذا أنكر بعد إقراره لوجوده بعد لزوم الحق. ولم يصح الصلح إذا كان عقيب إنكاره وقبل إقراره لوجوده قبل لزوم الحق.

فصل: فلو أنكر الحق فقامت عليه بينة عادلة جاز الصلح عليه للزوم الحق بالبينة كلزومه بالإقرار.

فلو كان المدعى عليه على إنكاره فقال صالحني عليه لم يكن ذلك إقراراً فلا يصح الصلح معه. ولو قال ملكني ذلك كان إقراراً يصح الصلح معه.

والفرق بينهما: أن قوله صالحني يحتمل أن يكون أراد به قطع الخصومة وكف الأذى فلم يضره مقراً.

وقوله ملكني لا يحتمل فصار به مقراً والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ صَالَحَ عَنْهُ رَجُلٌ يُقِرُّ عَنْهُ بِشَيْءٍ جَازَ الصُّلْحُ وَلَيْسَ لِلَّذِي أَعْطَى عَنْهُ أَنْ يرجع عَلَيْهِ لأَنَّهُ تَطَوَّعَ بِهِ».

قال الماوردي: وصورتها ما شرحه الشافعي في «الأم» أن يريد الرجلان الصلح ويكره المدعى عليه الإقرار.

قال الشافعي رحمه الله: فلا بأس أن يقر رجل عن المدعى عليه ثم يؤدي إلى المدعي ما يتفقان عليه فيكون صحيحاً وهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون الدعوى حقاً في الذمة.

والثاني: أن تكون عيناً قائمة.

فإن كانت الدعوى حقاً في الذمة جاز أن يصالح أجنبياً عنه بعد الإقرار عنه سواء أذن له في الصلح عنه أو لم يأذن.

لأن هذا الصلح إنما يوجب إسقاط الدين والبراء منه وذلك لا يفتقر إلى إذن من عليه الدين إلا تراه لو قضى الدين عنه بغير إذنه صح فكذلك إذا صالح عنه بغير إذنه صح.

وإذا كان كذلك فمن شرط هذا الصلح أن يقر عنه الأجنبي بالحق فيقول حقك ثابت على فلان فصالحني عنه.

وهل يحتاج أن يقول وقد أقر عندي به؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يحتاج أن يقول حقك ثابت على فلان وقد أقر عندي به ليصح أن يكون عالماً بثبوت الحق عليه.

والوجه الثاني: لا يحتاج إلى ذلك لأنه قد يعلم بذلك عن إقراره تارة وبغير إقراره أخرى. فإذا أقر فصالح عنه صح الصلح ولزم المصلح عن غيره دفع ما اتفقا على الصلح به وبرىء المدعى عليه من المدعي ولم يكن للمصالح أن يرجع عليه بما صالح به ما لم يأذن له فيه لأنه تطوع بالغرم عنه كما لو تطوع بقضاء دينه. فأما إذا أذن له في الصلح عنه فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يأذن له في الصلح عنه دون الأداء فيقول صالح عني فلا رجوع له بما أداه في الصلح لأنه غير مأذون له في الأداء فصار متطوعاً.

والضرب الثاني: أن يأذن له في الأداء فينظر في إذنه بالأداء فإن قال له صالح وأدى لترجع علي فله الرجوع عليه وإن قال أدِّ ولم يصرح بالرجوع ففي رجوعه وجهان:

أحدهما: يرجع عليه لإذنه فيه.

والثاني: لا يرجع عليه لأن أمره بالأداء يحتمل أن يكون لمعنى التطوع به ويحتمل أن

يكون لمعنى الرجوع عليه فلم يكن الإذن صريحاً في الرجوع به.

فصل: وإن كانت الدعوى عيناً قائمة فلا يخلو حال المصالح عنها من أحد أمرين:

إما أن يصالح عنها لنفسه.

أو يصالح عنها للمدعى عليه.

فإن صالح عنها للمدعى عليه فلا يخلو إما أن يصالح عنه بإذنه أو بغير إذنه فإن صالح عنه بإذنه جاز وهل يحتاج مع الإذن للوكيل في الصلح إلى الإقرار بها عنده؟ على وجهين:

أحدهما: لا يصح الصلح عنه بمجرد إذنه للوكيل حتى يقر بها عنده للمدعي ثم يقر الوكيل بذلك عند المدعي عند صلحه.

والوجه الثاني: وهو أصح أن الصلح يصح بإذنه للوكيل ولا يحتاج إلى إقراره عند الوكيل لأن وكيله في الصلح نائب عنه، فإقراره عنده كإقراره عند نفسه. وإنما يقر الوكيل عنه على ما ذكرنا من قبل، ويزيد فيه أن فلاناً وكلني في الصلح عنه.

فإن لم يذكر ذلك فهو على ما نذكره من اختلاف الوجهين هل يكون إذنه شرطاً في صحة الصلح أم لا؟ فأما إذا صلح عنه بغير إذنه ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج وأبي علي الطبري وأبي حامد، أن الصلح جائز لأنه لما جاز أن يصالح عما في الذمة بغير إذنه جاز أن يصالح عن العين القائمة بغير إذنه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي الطيب بن سلمة وأبو سعيد الاصطخري أن الصلح باطل ما لم يكن من المدعى عليه إذن فيه؛ لأن في هذا النوع من الصلح تمليك عين فلم يصح بغير إذن من تملكها كمن اشترى لغيره شيئاً بغير أمره. وبهذا المعنى فارق ما في الذمة لأن طريقه الإبراء ويصح من الإنسان أن يبرىء غيره بغير أمره وإذنه.

فصل: فأما إذا صالح عنها لنفسه فهذا في حكم من اشترى شيئاً مغصوباً فيحتاج أن يعترف للمدعي بالملك ويقر بأنه قادر على انتزاع ذلك من يد المدعى عليه فيصح هذا ويكون بيعاً محضاً، فإن انتزع ذلك من يده برىء المدعي من ضمان العقد، وإن عاد فذكر أنه ليس يقدر على انتزاعها من يده، فالقول قوله مع يمينه إذا كذبه المدعي وله الرجوع بالعوض الذي بذله.

فصل: إذا أوقف رجل داراً بيده ثم ادعاها مدع فأقر له بها كان إقراره مردوداً لخروجها عن حكم ملكه بالوقف، وهكذا لو صدقه الذين وقفت الدار عليهم لم يبطل الوقف لما تعلق

به من حقوق غيرهم من البطن الثاني أو الفقراء لكن لا حق لمن صدق منهم في الوقف. ويكون ذلك لغيرهم ممن لم يصدق. ويصح بهذا الإقرار وإن لم يبطل به الوقف أن يصالح المدعي المقر له فلو أن رجلاً جعل داراً في يده مسجداً وخلفها وأذن للناس فيها بالصلاة من غير أن يتلفظ بتسبيلها لم تصر سبلة بهذا القدر.

وقال بعض العراقيين: متى خلفها وجعلها برسم المساجد خرجت من ملكه.

وقال آخرون: إذا صلى فيها المسلمون خرجت من ملكه وكل هذا خطأ؛ لأن إزالة الأملاك لا تكون إلا بالقول كالعتق والوقف والطلاق.

فلو فعل ما ذكرنا فادعاها مدع فأقر له بها لزمه إقراره ولو صالحه عليها صح صلحه، فلو سبلها مسجداً ثم أقر بها لغيره لم يبطل التسبيل ولزمه غرم قيمتها لمن أقر له بها فلو صالحه على ذلك صح صلحه.

ولو صالحه أهل المحلة وجيران المسجد جاز ولم يكن لهم أن يرجعوا على المسبل بشيء ما لم يأمرهم بالصلح عنه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَشْرَعَ جَنَاحاً عَلَى طَرِيقِ نَافِذَةٍ فَصَالَحَهُ السُّلْطَانُ أَوْ رَجُلٌ عَلَى ذَلِكَ لَمْ يَجُزْ وَنَظَرَ فَإِنْ كَانَ لاَ يَضُرُّ تُرِكَ وَإِنْ ضَرَّ قُطِعَ».

قال الماوردي: صورة هذه المسألة في رجل أشرع من داره جناحاً أو ساباطاً على طريق فلا يخلو حال الطريق من أحد أمرين:

إما أن تكون نافذة أو غير نافذة. فإن كانت نافذة فلا يخلو حال الجناح من أن يكون مضراً بالمارة أو غير مضر.

فإن كان الجناح الخارج غير مضر بالمارة والمجتازين ترك على حاله. ولم يكن لأحد من المسلمين أن يعترض عليه فيه. لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه مرّ بدار العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه فقطر عليه من ميزابه ماء فأمر بقلعه فخرج إليه العباس رضي الله عنه وقال قلعت ميزاباً نصبه رسول الله ﷺ بيده فقال عمر: وَاللَّهِ لاَ يُعَادُ إِلاَّ عَلَى ظَهْرِي فَرَكِبَ الْعَبَّاسُ ظَهْرَهُ وَأَعَادَ الْمِيزَابَ فِي مَوْضِعِهِ[1].

ولأنه لم يزل الناس قديماً يفعلونه ورسول الله ﷺ ومن بعده من خلفائه يشاهدونه فلا ينكرونه فدل على أنه شرع مستقر وإجماع منعقد.

ولأنه لما جاز للناس الارتفاق بالطرق والمقاعد منها جاز لهم الارتفاق بهوائها.

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢٠١/١ والبيهقي في السنن ٦٦/٦ والحاكم في المستدرك ٣٣١/٣.

فإن قيل أليس الإنسان ممنوع من وضع ساريه في الطريق وبناء دكه وإن كان ذلك مرفقاً والعمل به جارياً فكذلك الجناح.

قيل السارية والدكة مضر بالناس لما فيه من تضايق الطريق عليهم.

ولأنهم ربما ازدحموا فأضر بهم أو سقط عليه ضرير لا يبصر فتأذى وليس كذلك الجناح في الهواء، فأما إن كان الجناح مضراً بالمارة والمجتازين قلع، ولم يقر، وأمر الإمام بهدمه وإن لم يختصم الناس إليه فيه.

وقال أبو حنيفة: إن خوصم فيه إلى الإمام قلعه، وإن لم يخاصم تركه لأن الإمام حاكم وليس بخصم، والحاكم لا يحكم إلا لطالب وهذا الذي قاله خطأ لأمرين:

أحدهما: أن الإمام مندوب لإزالة المنكر والنيابة عن كافة المسلمين في أبواب المصالح فوجب أن ينفرد بإزالة المنكر.

والثاني: أن ما يجوز إقراره لا يفتقر إلى الرضا به في الترك وكذا ما لا يجوز إقراره لا يفتقر إلى إنكاره في القلع. وليس هذا من طريق الحكم فلا يحكم إلا لخصم لأن الخصم فيه لا يتعين فإنما كافة الناس فيه شرع واحد.

فإذا وجب قلعه فبذل صاحبه مالاً صلحاً على تركه لم يجز لأمرين:

أحدهما: أنه صلح على إقرار منكر.

والثاني: أنه صلح على الهوى.

فأما حد ما يضر مما لا يضر فمعتبر بالعرف والعادة ومختلف باختلاف البلاد.

وقال أبو عبيد بن حربويه من أصحابنا: حد الضرر أن لا يمكن الفارس أن يحتاز تحته برمح قائم وحكي نحوه عن شريح.

وهذا التحديد ليس بصحيح لأن الرماح مختلفة في الطول والقصر. ولأن هذا يؤدي إلى أن لا يخرج أحد جناحاً لأن الرمح قد يعلو على المنازل في أكثر البلاد.

ولأنه لا مضرة على صاحب الرمح في الاجتياز برمحه مائلاً. وإذا كان كذلك وجب أن يعتبر ذلك بحسب البلاد.

فإن كان البلد قد تجتاز في طرقه الجمال التي عليها الكبائس والعماريات وذلك أعلى ما يجتاز في الطرقات فحد الإضرار أن لا يمكن اجتياز الكبائس والعماريات تحته وإن أمكن اجتيازها فليس بمضر.

فإن كان البلد مما لم تجر عادة الكبائس والعماريات أن تجتاز به وجرت عادة الجمال المحملة أن تجتاز فيه فحد الإضرار فيها أن لا يمكن اجتياز الجمال المحملة تحته. وإن أمكن فليس بمضر.

وإن لم تجر عادة البلد باجتياز الجمال المحملة فيه وجرت عادة الفرسان بالاجتياز فيه فحد الإضرار فيه أن لا يمكن اجتياز الفارس تحته. فإن أمكن فليس بمضر.

وإن لم تجر عادة البلد باجتياز الفرسان فيه فحد الإضرار فيه أن لا يمكن اجتياز الرجل التام إذا كان على رأسه حمولة مستعلية فإذا ثبت ما وصفنا فحد الإضرار معتبر بما ذكرنا.

فصل: فإن كانت الطريق غير نافذة فليس له إخراج الجناح فيها إلا بإذن جميع أهلها سواء كان الجناح مضراً أو غير مضر.

لأن الطريق التي لا تنفذ مملوكة بين جميع أهلها وليس لأحدهم أن يتصرف فيها إلا بحق الاجتياز، فلم يجز أن يتعدى إلى إخراج الجناح كالأرض المشتركة أو الطريق المستحقة.

فإن صالح أهل الطريق على مال في إقرار الجناح لم يجز لأنه صلح على الهوى. إلا أن يتصل بالعرضة كبناء بعضه في عرضة الطريق ثم يرفعه فيجوز.

ويكون ذلك بيعاً منهم بقدر حقوقهم من العرضة التي حصل فيها البناء فلو أذنوا جميعاً له في إخراج الجناح جاز مضراً كان أو غير مضر.

لأنه حق قد تعين لهم لا يشركهم فيه غيرهم وليس كالطريق النافذة التي يشترك فيها الكافة فلو رجعوا بعد إذنهم، فإن كان رجوعهم بعد إخراج الجناح لم يكن لرجوعهم تأثير وكان له إقرار الجناح ما بقي.

وإن كان قبل إخراجه بطل ما تقدم من الإذن فكان إخراج الجناح كمن أخرج بغير إذن وكذا لو رجع أحدهم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَنَّ رَجُلَيْنِ ادَّعَيَا دَاراً فِي يَدَيْ رَجُلٍ فَقَالاَ وَرِثْنَاهَا عَنْ أَبِينَا فَأَقَرَّ لأَحَدِهِمَا بِنِصْفِهَا فَصَالَحَهُ مِنْ ذَلِكَ الذي أَقَرَّ لَهُ بِهِ عَلَى شَيْءٍ كَانَ لأَخِيهِ أَنْ يَدْخُلَ مَعْهُ فِيهِ (قَالَ الْمَزنِيُّ) قُلْتُ أَنَا يَنْبَغِي فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ أَنْ يَبْطُلَ الصُّلْحُ أَقْرَبَ فِي حَقِّ أخِيهِ لأَنَّهُ صَارَ لأَخِيهِ بِإقْرَارِهِ قَبْلَ أَنْ يُصَالِحَ عَلَيْهِ إلاَّ أَنْ يَكُونَ صَالَحَ بِأَمْرِهِ فَيَجُوزُ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: وصورتها في أخوين ادعيا داراً في يد رجل ميراثاً عن أبيهما أو نسبا ذلك إلى جهة يستويان فيها غير الميراث كقولهما ابتعناها من زيد أو استوهبناها من عمرو

فيكون حكم هذا وحكم الميراث سواء لأنهما نسبا ذلك إلى جهة واحدة يستويان فيها. وإذا كان كذلك فلصاحب اليد ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يصدقهما ويقر لهما فيلزمه بإقراره تسليم الدار إليهما.

والحال الثانية: أن يكذبهما وينكرهما فالقول قوله مع يمينه ما لم يكن للأخوين بينة. فإن نكل عن اليمين ردت على الأخوين فإن حلفا كانت الدار بينهما نصفين، وإن نكلا أقرت الدار في يد المدعى عليه. وإن حلف أحدهما ونكل الآخر كان نصف الدار للحالف بيمينه لا يشاركه أخوه في شيء منها والنصف الآخر مقر في يد المدعى عليه.

والحال الثالثة: أن يصدق أحدهما على نصفها ويكذب الآخر فعليه اليمين لمن أنكره وينزع النصف الذي أقر به فيكون بين المقر له وبين أخيه نصفين.

وإنما كان كذلك لأنهما نسبا دعواهما إلى جهة يستويان فيها ويشتركان فيما ملكاه بها وكان إنكاره النصف لأحدهما يجري مجرى غصبه شيئاً من تركة أبيهما.

ولو غصب من تركة أبيهما قبل القسمة واحد من عبدين أو دارا من دارين كانت الدار الباقية والعبد الباقي بينهما والمغصوب بينهما.

فإن قيل أليس لو أنكرهما ونكل فحلف أحد الأخوين ونكل الآخر كان النصف للحالف لا يشاركه فيه الناكل؟.

قيل نعم والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الناكل سقط حقه بنكوله إذ قد كان يمكنه أن يصل إليه بيمينه وليس كذلك في الإقرار.

والثاني: أنه قد تقرر في الأصول أن أحد لا يستحق بيمين غيره شيئاً وليس كذلك في الإقرار.

فصل: فإذا ثبت أن النصف المقر يكون بين الأخوين معاً فصالح الأخ المقر له بالنصف للمقر فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يصالحه على حقه وهو الربع فالصلح جائز والشفعة فيما صالح من الربع واجبة وفيها قولان:

أحدهما: أنها تجب لأخيه المشارك في نصف الدار دون المقر.

والقول الثاني: أنها تجب لأخيه وللمقر الذي صولح. فلا يكون للأخ أن ينزع من المصالح إلا قدر حقه، وفي حقه قولان: -

أحدهما: أنه بينهما نصفان.

والثاني: أنه بينهما على قدر المالين أثلاثاً.

وسنذكر توجيه القولين في كتاب الشفعة إن شاء الله.

والضرب الثاني: أن يصالحه على جميع النصف فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يصالحه بأذن أخيه فالصلح في النصف كله جائز ويكون المال الذي وقع الصلح به بين الأخوين نصفين.

والضرب الثاني: أن يصالحه بغير إذن أخيه فيكون الصلح في حق أخيه وهو الربع باطلاً.

وهل يبطل في حق نفسه أم لا على قولين من تفريق الصفقة:

أحدهما: يبطل.

والثاني: لا يبطل.

ويكون المصالح بالخيار بين فسخ الصلح واسترجاع العوض إلا أن يأذن الأخ إلى أخذه بالشفعة وبين أن يقيم على الصلح في حقه وبماذا يقيم عليه على قولين:

أحدهما: بجميع العوض وإلا فسخ.

والثاني: وهو أصح يقيم عليه بحسابه وقسطه وهو النصف.

فصل: فأما الإمام المزني فإنه نقل كلاماً محتملاً وتأوله تأويلاً فاسداً ثم اعترض عليه بما لو صح تأويله لصح اعتراضه وهو أنه نقل عن الشافعي:

إذا أقر لأحدهما بنصفه فصالحه من ذلك على شيء كان لأخيه أن يدخل معه فيه.

فتأوله على أن الشافعي أجاز صلحه في جميع النصف ثم جعل أخاه شريكاً له في مال الصلح، فاعترض عليه بأن قال: يجب أن يبطل الصلح في حق أخيه، وهذا وهم من المزني في تأويله، لأن مراد الشافعي بقوله كان لأخيه أن يدخل معه فيه: يعني في النصف من الدار لا في النصف من المال والجواب في الصلح على ما شرحنا. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَتِ المَسْأَلَةُ بِحَالِهَا وَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهَا فَأَقَرَّ لأَحَدِهِمَا بِالنِّصْفِ وَجَحَدَ لِلآخَرِ لَمْ يَكُنْ لِلآخَرِ فِي ذَلِكَ حَقٌّ وَكَانَ عَلَى خُصُومَتِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا ادعى أخوان دارا في يد رجل ولم ينسباها إلى أنهما ملكاها بسبب واحد فأقر المدعى عليه لأحدهما بالنصف وأنكر الآخر فعليه اليمين لمن أنكره وينفرد المقر له بالنصف لا يشاركه الآخر فيه. لأنه لا تعلق لملك أحدهما بالآخر.

وهكذا لو ادعياها ميراثاً مقبوضاً قد استقر ملكهما عليها بالقسمة والقبض فصدق أحدهما على النصف وأنكر الآخر تفرد المقر له بالنصف ولم يشاركه الآخر فيه.

كما لو لم يضيفا ذلك إلى سبب واحد لأن الميراث إذا استقر ملكه بالقسمة والقبض لم يتعلق ملك أحدهما بالآخر. ألا ترى لو اقتسما دارين وأخذ كل واحد منهما إحدى الدارين ثم غصبت إحدى الدارين من أحدهما انفرد الآخر بالباقية من غير أن يشاركه فيها أخوه. ولو غصبت قبل القسمة لشاركه فيها كذلك في الإقرار إذا صدق أحدهما على النصف قبل القسمة شاركه الآخر فيه. وإن صدقه بعد القسمة لم يشاركه الآخر فيه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ أَقَرَّ لأَحَدِهِمَا بِجَمِيعِ الدَّارِ فَإِنْ كَانَ لَمْ يُقِرَّ لِلآخَرِ بِأَنَّ لَهُ النِّصْفَ فَلَهُ الكُلُّ وَإِنْ كَانَ أَقَرَّ بِأَنَّ لَهُ النِّصْفُ وَلأَخِيهِ النِّصْفُ كَانَ لأَخِيهِ أَنْ يَرْجِعَ بِالنِّصْفِ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا ادعى الأخوان داراً في يد رجل فاعترف المدعى عليه لأحد الأخوين بجميع الدار وأنكر الآخر فهذا على ضربين:

أحدهما: أن ينسبا تلك إلى جهة واحدة يستويان فيها فتكون الدار للأخوين معاً.

والضرب الثاني: أن لا ينسباها إلى جهة يتساويان فيها فللمقر له حالان:

حال يقبل الإقرار بجميعها، وحال لا يقبل. فإن لم يقبل الإقرار بجميعها كان له النصف الذي ادعاه. فأما النصف الآخر الذي أقر له به ولم يقبله ففيه لأصحابنا ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يكون مقراً في يد المدعى عليه ويكون المكذب خصماً له فيه لأنه لم يستحق أخذه مع أن يده عليه.

والوجه الثاني: أنه ينزع النصف من يده ويوضع على يد حاكم حتى إذا ثبت عنده مستحقه سلمه إليه لأن إقراره أوجب رفع يده.

والثالث: أنه يدفع إلى مدعيه لأنه خصم له فيه. وإن قبل مدعي النصف الإقرار بالكل انتزع الكل من المدعي عليه ثم نظر فإن كان المقر له قد حفظ عليه تصديق أخيه في إدعائه النصف أما قبل الإقرار له أو بعده لزمه تسليم النصف إلى أخيه. بما تقدم من إقراره؛ لأن إقراره على غيره لا يلزم فإذا صار القبض إلى يده لزمه.

ألا ترى أن رجلاً لو أقر أن الدار التي في يد فلان مغصوبة من فلان لم يلزمه إقراره فلو صارت الدار إليه ببيع أو هبة أو ميراث لزمه إقراره ووجب عليه تسليم الدار إلى من أقر بغصبها منه فأما إن لم يكن مدعي النصف صدق أخاه في دعواه فله أن ينفرد بجميع الدار ولا حق فيها لأخيه إلا أن يستأنف الدعوى عليه فيصير خصماً له فيها.

فإن قيل: فهو إنما ادعى النصف فكيف يجوز أن يدفع إليه الكل ويزاد على ما ادعاه قيل قد اختلف أصحابنا.

فكان بعضهم لأجل هذا السؤال يقول: إن المسألة مقصورة على أنه ادعى نصفها ملكاً وباقيها يداً. فإذا أقر له بالجميع دفع إليه بدعوى الملك واليد ولو لم يدع هذا لم يدفع إليه إلا النصف.

وقال جمهور أصحابنا: بل يدفع إليه جميعها وإن لم يدع سابقاً إلا نصفها لأنه ليس بمنكر أن يكون له جميع الدار فيدع نصفها لأمور:

منها: أن يكون نصفها مصدق عليه فلم يَدَّعيه ونصفها منازع فيه فادعاه.

ومنها: أن يكون له بنصفها بينة حاضرة وبنصفها بينة غائبة فيدعي نصفها لتشهد به البيِّنة الحاضرة ويؤخر الدعوى في النصف الآخر إلى أن تحضر البيِّنة الغائبة.

ومنها: أن يدعي ما لا منازعة له فيه استثقالاً للخصومة وهي تأخير النزاع.

فلهذه الأمور صح إذا ادعى النصف أن يدفع إليه الجميع.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ صَالَحَهُ عَلَى دَارٍ أَقَرَّ لَهُ بِهَا بِعَبْدٍ قَبَضَهُ فَاسْتَحَقَّ الْعَبْدُ رَجَعَ إِلَى الدَّارِ فَأَخَذَهَا مِنْهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا ادعى عليه داراً في يده فأقر بها ثم صالحه منها على عبد فاستحق العبد فذلك ضربان:

أحدهما: أن يكون العبد معيناً فالصلح باطل كما لو ابتاع داراً بعبد فاستحق العبد. وله أن يرجع بالدار كما يرجع به البائع.

إلا أن يستأنف صلحاً ثانياً وكذا لو كان العبد مرهوناً أو مكاتباً أو مات قبل قبضه.

ولا يبطل الصلح لو كان مدبراً أو موصى بعتقه أو معتقاً بصفة.

والضرب الثاني: أن يكون العبد غير معين موصوف في الذمة، فالصلح لا يبطل باستحقاقه وعليه أن يأتي بعبد على مثل صفته كما لو استحق العبد المقبوض في المسلم.

ولو كان العبد معيناً فقتل قبل قبضه ففي بطلان الصلح بقتله قولان ذكرناهما في البيوع.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ صَالَحَهُ عَلَى أَنْ يَسْكُنَهَا الَّذِي هِيَ فِي يَدَيْهِ وَقْتاً فَهِيَ عَارِيَةٌ إِنْ شَاءَ أَخْرَجَهُ مِنْهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح: إذا ادعى عليه داراً فاعترف بها ثم صالحه على أن يسكنها المقر سنة كان الصلح باطلاً.

لأن الصلح إنما يصح إذا عاوض على ما يملك بما لا يملك. وهذا قد عاوض على ملكه بملكه لأن من ملك داراً ملك سكناها.

فإن قيل أفليس لو صالحه على نصفها جاز، قيل قد ذكرنا فيه وجهين:

أحدهما: لا يجوز للعلة التي ذكرناها.

والثاني: يجوز.

والفرق بينهما أن الصلح على النصف هبة. والهبة لازمة فصار الصلح بها لازماً والصلح على السكنى عارية والعارية غير لازمة فصار الصلح بها غير لازم، فإذا ثبت أن هذا الصلح باطل فلمالك الدار أن يسكنه إياها إن شاء وله أن يخرجه منها متى شاء كالدار العارية ولا أجرة عليه.

فلو جعل الصلح على السكنى شرطاً في إقراره فقال قد أقررت لك بهذه الدار على أن أسكنها سنة بطل اشتراط السكنى والصلح عليه.

فأما الإقرار فقد اختلف أصحابنا فيه:

فذهب أبو علي بن خيران إلى بطلانه لكونه إقراراً مقيداً بشرط.

وذهب سائر أصحابنا إلى صحة الإقرار ولزومه لأنه إقرار بشرط في عارية.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أَوْ صَالَحَهُ مِنْهَا عَلَى خِدْمَةِ عَبْدٍ بِعَيْنِهِ سَنَةً فَبَاعَهُ الْمَوْلَى كَانَ لِلْمُشْتَرِي الخِيَارُ فِي أَنْ يُجِيزَ الْبَيْعَ وَتَكُونَ الخِدْمَةُ عَلَى الْعَبْدِ لِلْمُصَالِحِ أَوْ يَرُدَّ الْبَيْعَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا صالح المقر بالدار على خدمة عبد معين سنة جاز الصلح. لأن المقر عاوض على الدار بما ملكه من خدمة العبد.

وصار المقر له بالدار مستأجراً للعبد سنة بالدار التي قد ملكها بالإقرار.

فلو باع المولى عبده قبل مضي السنة كان الصلح على حاله وفي البيع قولان: -

أحدهما: باطل لأن تسليمه غير مستحق كالبيع بشرط تأخير القبض.

والقول الثاني: وهو أصح أن البيع جائز لأن استحقاق المنفعة لا يمنع بيع الرقبة كالأمة المزوجة.

فعلى هذا إن كان المشتري عالماً بالحال فلا خيار له وإن كان جاهلاً بها فله الخيار بين الفسخ والمقام. ويمكن المصالح منه إلى انقضاء مدة الخدمة. ولا رجوع له على البائع بشيء من أجرتها، لأنها مستحقة قبل عقده.

أما إذا ابتاعه المصالح فالبيع جائز قولاً واحداً. إلا أن في قبضه وانفساخ الإجارة وجهان:

أحدهما: لا تنفسخ كما لو باعه على غيره فعلى هذا الصلح على حاله.

والوجه الثاني: أنها قد انفسخت كما لو تزوج أمته ثم ابتاعها بطل النكاح المتقدم بالبيع الطارىء.

كذا تبطل الإجارة السالفة بالبيع الحادث فعلى هذا قد بطل الصلح وملك العبد بالبيع.

فصل: فأما إذا أعتق السيد عبده الذي صالح بخدمته فعتقه نافذ.

لأنه صادف ملكاً تاماً فلم يمنع استحقاق المنفعة كعتق الأمة المزوجة، وعلى العبد المعتق خدمة المصالح باقي السنة، وهل له أن يرجع على سيده الذي أعتقه بأجرة الخدمة بعد عتقه على قولين:

أحدهما: يرجع عليه بأجرته فيما بقي من المدة بعد عتقه لأن نفوذ عتقه يمنع من استحقاق منافعه فصار كالأخذ لها بغير حق فضمن كالغاصب.

والقول الثاني: لا رجوع له بشيء لأن عتق السيد أزال ما كان مالكاً له وخدمة العبد، تلك السنة لم يكن السيد مالكاً لها فلم يتعلق حكم العتق بها ولم يستحق العبد رجوعاً بسببها كالأمة المزوجة إذا عتقت لم تستحق الرجوع على سيدها بالمهر.

فصل: فأما إذا كاتبه السيد فالكتابة باطلة لأنه لا يقدر على التصرف لنفسه ولا على تملك كسبه ولكن لو دبره صح التدبير. وكذلك لو أعتقه بصفة.

فأما إذا أجره من غير المصالح فالإجارة باطلة لأن ما توجه إليه عقد الإجارة مستحق من قبل، وإن عقد على ما بعد السنة فهو باطل، لأنه عقد على عين بشرط تأخير القبض.

أما إذا رهنه فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من أجرى الرهن مجرى البيع فعلى هذا يخرج على قولين: -

ومنهم من أجري ذلك مجرى الإجارة لأنه في الحال متوجه إلى المنفعة، فعلى هذا يكون باطلاً قولاً واحداً فأما إذا وهبه ففيه قولان كالبيع سواء.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ مَاتَ العَبْدُ جَازَ مِنَ الصُّلْحِ بِقَدْرِ مَا اسْتُخْدِمَ وَبَطَلَ مِنْهُ بِقَدْرِ مَا بَقِيَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا مات العبد الذي صالحه على الدار بخدمته سنة لم يخل حال موته من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يموت في الحال قبل مضي المدة أو شيء منها فالصلح قد بطل لتلف العوض فيه قبل قبضه كتلف الثمن المعين قبل القبض، وللمصالح أن يرجع بالدار كما يرجع البائع بالبيع.

والحال الثانية: أن يموت بعد مضي السنة كلها فالصلح قد تم وحكمه قد انبرم وموت العبد غير مؤثر فيه لاستيفاء المعقود عليه قبل موته.

والحالة الثالثة: أن يموت بعد مضي بعض المدة وبقاء بعضها فالصلح قد بطل فيما بقي من المدة لفوات قبضه بالموت، وأما فيما مضى من المدة المستوفاة فهو على اختلاف أصحابنا في الفساد في بعض الصفقة إذا طرأ بعد العقد هل يجري مجرى الفساد المقارن للعقد.

فذهب أبو إسحاق المروزي أنه يجري مجرى الفساد المقارن للعقد، فجعل بطلان الصلح فيما مضى من المدة على قولين من تفريق الصفقة.

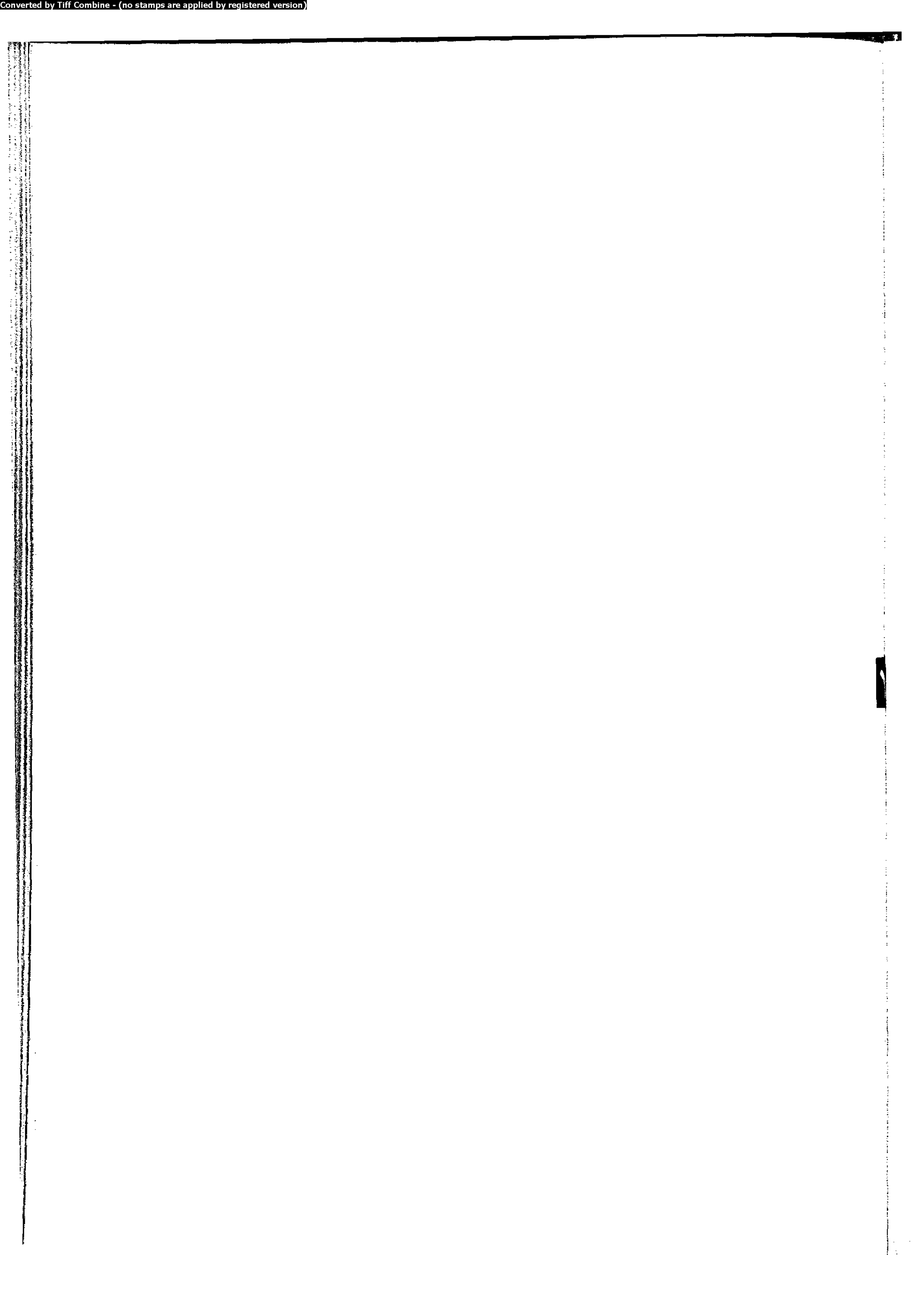
أحدهما: قد بطل الصلح فيما بقي ووجب على المصالح أجره ما استخدم فيما مضى من المدة وله استرجاع الدار.

والقول الثاني: لا يبطل لكن يكون بالخيار بين الفسخ والمقام فإن فسخ رجع بالدار وغرم أجرة ما مضى من المدة، فإن أقام فعلى قولين:

أحدهما: يقيم عليه بجميع الصلح.

والثاني: بحسابه وقسطه.

وقال جمهور أصحابنا إن الفساد الحادث بعد العقد مخالف للفساد المقارن للعقد لسلامة الصفقة عند عقدها. فيكون الصلح فيما مضى من المدة جائزاً قولا واحداً.



وهذا خطأ، لأن اتصاله ببعض حدود الدار مما لا يمكن إحداثه بعد كمال البناء.

كما أن اتصاله بجميع الحدود تربيعاً لا يمكن إحداثه بعد كمال البناء فوجب أن يكون الحكم فيهما على سواء. فأما إن كان على الحائط لأحدهما أزج أو قبة نظر في الحائط فإن كان قد بني من أساسه متعرجاً على ما جرت به عادة بعض القباب والأزاج فهذا اتصال.

لأن هذا التعريج لا يمكن إحداث مثله بعد كمال البناء.

وإن لم يكن بناء الحائط متعرجاً فالأزج المبني عليه والقبة لا يكون متصلاً بالحائط كله لأن إحداث مثل الأزج والقبة على الحائط بعد كمال البناء ممكن فصار كالأجذاع. لكن ما كان من أعلى الحائط خارجاً عن تعريج القبة والأزج فهو لصاحب القبة والأزج، وما انحدر عنه من انتصاب الحائط في حكم المنفصل غير المتصل وأما إن كان الحائط المتنازع فيه ينتهي طولاً إلى أن يتجاوز ملك أحدهما ولا يتجاوز ملك الآخر مثل أن يكون طول الحائط عشرين ذراعاً وعرصة أحدهما عشرة أذرع وعرصة الآخر عشرون ذراعاً فيتنازعان من الحائط ما كان بين عرصتيهما معاً دون القدر المجاوز فقد اختلف أصحابنا هل يكون هذا في حكم المتصل أو المنفصل، على وجهين:

أحدهما: يكون في حكم المتصل لأن ما اتصل بعرضه في بناء أحدهما بمثل ما اتصل بطوله.

والوجه الثاني: أن لا يكون متصلاً ويكون في حكم المنفصل لأن اتصال العرض لا يمكن إحداثه بعد كمال البناء واتصال الطول يمكن إحداثه بعد كمال البناء.

فإذا ثبت أن الاتصال ما ذكرنا وكان متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر فهو لمن اتصل ببنائه بعد أن يحلف لصاحبه وإنما كان كذلك لأمرين:

أحدهما: أن اتصاله بما له تصرف فيه يد وصاحب اليد المتصرفة أحق من غيره كمن نوزع شيئاً في يده.

والثاني: أن اتصاله بملكه دليل على تملكه كمن نوزع بناء في أرضه كان لصاحب الأرض دون منازعة. ثم لزمته اليمين لأن هذا دال على الملك وليس بموجب له فلزمت فيه اليمين كاليد.

فصل: فأما إذا كان متصلاً ببنائيهما أو منفصلاً عن بنائيهما فهما فيه سواء ويتحالفان عليه.

وهل يكون الحاكم مخيراً في الابتداء بإحلاف أيهما شاء أو يقرع بينهما؟ على وجهين:

أحدهما: يكون مخيراً لاستوائهما.

والثاني: يقرع بينهما لانتفاء التهمة عنه.

وفي قدر ما يحلف كل واحد منهما عليه وجهان:

أحدهما: وهو قول البغداديين. أنه يحلف على نصفه لأنه يحلف على ما يصير إليه بيمينه والذي يصير إلى كل واحد منهما النصف.

والوجه الثاني: وهو قول جمهور أصحابنا أنه يحلف على جميعه لأنه يحلف على ما يدعيه وهو يدعي جميعه.

ثم على كلا الوجهين لا بد أن يتضمن يمينه النفي والإثبات. لأنه ينفي ملك غيره ويثبت ملك نفسه.

ولكن اختلف أصحابنا هل يحتاج إلى يمين واحدة للنفي والإثبات أو يحتاج إلى يمينين أحدهما للنفي والأخرى للإثبات على وجهين:

أحدهما: أنه يحلف يميناً واحداً تتضمن النفي والإثبات لأنه أفضل للقضاء وأثبت للحكم.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس بن سريج وأبي علي بن خيران وطائفة أنه يحلف يمينين أحدهما للنفي لأنه منكر بها، والثانية للإثبات لأنه مدع بها.

فإذا ثبت ما وصفنا لم يخل حالهما من ثلاثة أحوال: -

إما أن يحلفا معاً فيجعل الحائط بينهما بأيمانهما.

أو ينكلا معاً فيمنعان من التخاصم ولا يحكم لواحد منهما بملك شيء منه ويكون الحائط موقوفاً على ما كان عليه من قبل.

أو يحلف أحدهما وينكل الآخر فيحكم به للحالف منهما دون الناكل.

وهكذا لو حلف أحدهما يمينين على أحد الوجهين وحلف الآخر يميناً واحدة حكم به للحالف بيمينين وكان الحالف يميناً بمثابة الناكل لأن يمينه لم تكمل. فلو أقام الناكل بينة كان أحق ببينته من يمين صاحبه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلاَ أَنْظُرُ إِلَى مَنْ إِلَيْهِ الخَوَارِجِ وَلاَ الدَّوَاخِلِ وَلاَ أَنْصَافُ اللَّبْنِ وَلاَ مَعَاقِدُ القِمْطِ لأَنَّهُ لَيْسَ فِي شَيْءٍ مِنْ هَذَا دَلاَلَةٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. والدواخل هي وجوه الحيطان. والخوارج هي ظهور الحيطان وأنصاف اللبن فيه تأويلان حكاهما ابن أبي هريرة.

أحدهما: أن تكون كسور أنصاف اللبن إلى أحدهما والصحيح منه إلى الآخر.

والثاني: أنه إفريز يخرجه البنَّاء في أعلى الحائط نحو نصف لبنة ليكون وقاية للحائط من المطر وغيره.

وأما معاقد القمط فتكون في الأخصاص وهي الخيوط التي يشد بها الخص. لأن القمط جمع قماط وهو الخيط.

فإذا تنازع جاران حائطاً بينهما وكان إلى أحدهما الدواخل وأنصاف اللبن لم يكن ذلك دليلاً على ملكه.

وكذلك لو ادعى خصاً وكان إلى أحدهما معاقد القمط لم يكن ذلك دليلاً على ملكه وهو قول أبي حنيفة.

وجعل أبو يوسف ومحمد هذه دلائل على الملك وهو قول بعض أهل المدينة.

استدلالاً بما روي أن رجلين تنازعا جداراً بينهما فأمر النبي ﷺ حذيفة أن يحكم فحكم بالجدار لمن إليه معاقد القِمْطِ فقال النبي ﷺ أُصبتَ[1].

قالوا: لأن العادة جارية في بناء الحائط أن يكون وجهه إلى مالكه وظهوره إلى غيره ومعاقد الخص تكون إلى مالكه فوجب أن يحكم بظاهر العادة.

كما يحكم بها في اتصال البنيان.

وهذا خطأ لعموم قوله ﷺ «البَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعى عَلَيْهِ».

ولأن هذه أمور قد يقصد بها في البناء الجمال.

فربما أحب الإنسان أن يجعل أجمل بنيانه، وأحسنه إلى منزله، وربما أحب أن يجعله خارجاً فيما يراه الناس.

فلم يجز مع اختلاف العادة فيه في سائر الأغراض أن يجعل دالاً على الملك كالتزاويق والنقش لا يكون وجوده من جانب أحدهما دليلاً على ملكه كذلك ما ذكرناه.

---

(١) أخرجه ابن ماجة ٢ / ٧٨٥ كتاب الأحكام (٢٣٤٣) وقال في الزوائد: نمران بن جارية ذكره ابن حبان في الثقات وقال ابن القطان: حاله مجهول
قال السدي: قلت: دهثم بن قران تركوه وشذ ابن حبان فذكره في الثقات.

فأما الجواب عن الخبر فهو أنه ضعيف لأن راوية دهثم بن قران وهو مرغوب عنه. فإن صح لم يكن فيه دلالة. لأنه لم يجعل معاقد القمط علة في الحكم وإنما جعل تعريفاً لمن حكم له كما لو قيل حكم للأسود لم يدل على أن السواد علة للحكم وإنما يكون سمة وتعريفاً لمن وجب له الحكم. وأما ادعاؤهم العرف لمعتاد فيه فغير صحيح لما ذكرنا من اختلاف الأغراض فيه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ لأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ جُذُوعٌ وَلاَ شَيْءَ لِلآخَرِ عَلَيْهِ أَحْلَفْتُهُمَا وَأَقْرَرْتُ الْجُذُوعَ بِحَالِهَا وَجَعَلْتُ الجِدَارِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لأَنَّ الرَّجُلَ قَدْ يَرْتَفِقُ بِجِدَارِ الرَّجُلِ بِالجُذُوعِ بِأَمْرِهِ وَغَيْرِ أَمْرِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا تنازع الجاران حائطاً بينهما وكان لأحدهما عليه جذوع فهما فيه سواء.

قال أبو حنيفة: صاحب الجذوع أحق به إذا كانت جذوعه ثلاثة فصاعداً فإن كانت أقل من ثلاثة وكان بدل الجذوع متصلاً فيهما فيه سواء استدلالاً بأن وضع الجذوع أوكد من اتصال البناء. لأن وضع الجذوع يثبت يداً وارتفاقاً. واتصال البناء يثبت أحدهما وهو الارتفاق دون اليد فلما كان اتصال البناء إلا على الملك كان وضع الجذوع أولى بأن يدل على الملك.

ولأن وضع الجذوع تصرف في الملك فوجب أن يكون دالاً على الملك كالأزج والقبة.

ولأن وضع الجذوع هو تركيب على الحائطين يجري مجرى ركوب الدابة وقد ثبت أن دابة لو تنازعها راكبها وأخذ بلجامها كان راكبها أحق بها ممن هو آخذ بلجامها فكذلك الحائط إذا تنازعه صاحب الجذوع وغيره. كان صاحب الجذوع أحق.

والدلالة على صحة ما ذهبنا إليه هو أن كل ما لم يكن قليله دالاً على الملك لم يكن كثيره دالاً على الملك كالقصب والرفوف.

ولأن ما أمكن أحداثه بعد كمال البناء لم يكن دالاً على ذلك البناء كالجص والنقش.

ولأنه لو كان بين صاحب الأجذاع والحائط طريق نافذة كالساباط لم يكن وضع أجذاعه فيه دليلاً على ملكه له، كذلك إذا اتصل بملكه.

لأن وضع الجذوع لو كان يداً لاستوى الأمران في الاتصال بالملك والانفصال عنه. ولأن وضع الأجذاع في الحائط قد يكون بالملك تارة وبالإذن أخرى وبالحكم على ما نذكره

تـارة. فلم يجز مـع اختلاف أسبـابه أن يكـون مقصوراً على أحـدها في الاستـدلال بـه على الملك.

فأما الجواب عن استدلاله باتّصال البنيان فهو أن ذلك ممـا لا يمكن حدوثـه بعد كمـال البنيان فجاز أن يدل على الملك لافتراقه به. وليس كذلك الجذوع.

وبمثله يكون الجواب عن الأزج والقبة إن كان مما لا يمكن حدوث مثله بعد البنيان.

وأما الجواب عما استدلوا به من راكب الدابة وقـائدهـا فقد اختلف فيـه أصحابنـا على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحـاق المروزي أنهمـا في الدابـة سواء تكـون بينهما نصفين فعلى هذا يسقط الاستدلال به.

والوجه الثاني: أن الراكب أحق بها من الآخذ بلجامها.

والفرق بين ذلك وبين وضع الجذوع وتركيبها على الحائط من وجهين:

أحدهما: أن الإجماع مانع من ركوب دابـة الإنسان لا بـإذنه، فجـاز أن يكون ركـوبها دليلاً على ملكه.

والخلاف منتشر في أن للإنسان أن يضع أجذاعه جبراً في حائط غيره فلم يكن وضعهـا دليلاً على ملكه.

والثـاني: أن الركـوب لما كـان تصرفـاً لا يختلف حكمـه بين وجـوده في الملك وغيـر الملك جاز أن يكون دليلاً على الملك.

ولمـا كان وضـع أجذاع السـاباط الـذي لا يتصل بـالملك لا يدل على الملك لم يكن وضع الأجذاع دالاً على الملك.

فإذا تقرر أن وضـع الجذوع لا يـدل على الملك فإنهمـا يتحالفـان ويجعل بينهمـا وتقر الجذوع على ما كانت عليه لأنه يجوز أن يكون وضعها بحق وإن لم يملك الحائط.

فصل: فأما إذا تنازعا حائطاً في عرصة هي لأحدهما فإنـه يكون لصـاحب العرصـة لأن يده عليه.

وهكذا لو تنازعا علو حائط أسفله لأحدهما كان لصاحب السفل مع يمينه لما ذكرنـا من ثبوت اليد. ولكن لو تنازعا عرضه حائط هو لأحدهما ففيه وجهان لأصحابنا: ـ

أحدهما: أنها تكون لصاحب الحائط لأن تصرفه فيها أظهر.

والوجه الثاني: أنهما فيها سواء كوضع الجذوع.

وهـذان الوجهـان من اختلاف أصحـابنا فيمن أقـر لرجـل بحائط هـل يدخـل قراره في إقراره. أو باع حائطاً هل يدخل قراره في بيعه على وجهين.

فصل: فأما قول الشافعي رضي الله عنه لأن الرجل قد يرتفق بجدار الرجـل بأمـره وغير أمره.

فقد روي في القديم حديث عن أبي هريـرة أن رسول الله ﷺ قـال: «لَا يَمْنَعُ أَحَـدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَضَعَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ» قال أبو هريرة مَا لِي أَرَاكُمْ عَنْهَا مُعْـرِضِينَ[1]. وَاللَّهِ لأَرْمِيَنَّهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ.

فكان يذهب في القديم إلى أن للجار أن يضع أجذاعه في جدار جاره جبراً بأمره وغيـر أمره. وبه قال مالك تعلقاً بهذا الحديث.

ثم رجع عنه في الجديد وقـال ليس له أن يضـع أجذاعـه في جدار جـاره إلا بأمـره كما ليس له أن يتصرف في غير ذلك من الأملاك التي لجاره إلا بأمره.

ولأن الشـريـك في الملك أقـوى من جـار الملك وليس لأحـد الشـريكين أن ينفـرد بالتصرف، فالجار أولى، وهذا قول أبي حنيفة. فعلى هذا يكون حديث أبي هـريرة محمـولاً على أحد وجهين: ـ

أحدهما: أن يحمل على الاستحباب والندب لا على الوجوب والحتم.

والثاني: أنه محمـول على الجار ليس لـه منع صـاحب الحائط من وضـع أجذاعـه في حائطه وإن كان مضراً بالجار في منع ضوء أو إشراف ليكون موافقاً للأصول.

فإن قيل لم قال الشافعي في القديم لأن الرجل قد يرتفق بجدار الرجل بأمره وغيـر أمره وهو في الجديد لا يقول هذا، قلنا فيه تأويلان:

أحدهما: بأمره يعني مجاهراً وبغير أمره يعني ساتراً.

والثـاني: بأمـره يعني بـاختيـاره وبغيـر أمـره يعني بـإجبـار من يـرى ذلـك من القضـاة والحكام. فإذا تقرر ما ذكرنا فإن قلنا بوجوب ذلك عليه على مذهبه في القديم لم يكن له منع جاره من وضع أجذاعه في جداره. وكان للجـار أن يضع في الجـدار ما احتمله من الأجـذاع

---

(١) أخـرجه البخـاري ٥/ ١١٠ كتاب المـظالم (٢٤٦٣) ومسلم ٣/ ٢٣٠ كتاب المسـاقـاة (١٣٦ ـ ١٦٠٩) وأحمد في المسند ٣/ ٤٨٠ وابن ماجة (٢٣٣٦).

ولو صالحه من وضع الأجذاع على عوض لم يجز لوجوب ذلك عليه ومن وجب عليه حق لم يجز أن يعتاض عليه.

ولو انهدم الحائط لم يلزم مالكه أن يبنيه إلا باختياره.

فإن بناء كان للجار أن يعيد أجذاعه فيه.

ولو أراد الجار بناء الحائط عند امتناع صاحبه من بنائه كان له ذلك ليصل بذلك إلى حقه من وضع أجذاعه فيه، وإذا قلنا بقوله في الجديد إن ذلك ليس بواجب وهو القول الصحيح.

فليس للجار أن يضع أجذاعه في الجدار إلا بإذن مالكه واختياره ويجوز للمالك أن يأذن له فيه بعوض وغير عوض، لأن ما لا يملك عليه يجوز أن يعاوض عليه إذا كان معلوماً، فإن أذن فيه بغير عوض كانت عارية وجاز أن لا يشترط عدد الأجذاع ولا يعلم طولها ولا موضع تركيبها، لأن الجهل بمنافع العارية لا يمنع من صحتها.

ثم ليس له أن يرجع في العارية ما بقي الحائط لأن موضع الأجذاع يراد للاستدامة فكان إطلاقه الإذن محمولاً عليه. كمن أعار أرضه لدفن ميت لم يكن له الرجوع في عاريته وإخراج الميت منها بعد دفنه ولكن لو انهدم الحائط وأعاده مالكه فهل لصاحب الأجذاع أن يعيد وضعها فيه بالإذن المتقدم أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: له ذلك لأنه صار مستحقاً على التأبيد كما لو كان الأول باقياً.

والوجه الثاني: وهو أصح ليس له ذلك إلا بإذن مستحدث. لأن حكم العارية قد انقطع بانهدام الحائط، ولأنه إنما استحق تأبيد ذلك لما في نزعها من الأضرار به وقد لحقه ذلك بإنهدامه. ولكن لو أعار أرضاً لدفن ميت فنبشه سبع أعيد دفنه فيها من غير إذن ستحدث وجهاً واحداً.

ولو أكله السبع لم يجز أن يدفن غيره فيها إلا بإذن جديد لذهاب من كان مستحقاً لمنفعة العارية.

ولو كان قد أذن له في وضع جذع في حائطه فانكسر الجذع كان له إعادة غيره.

والفرق بينه وبين الميت أن المنع من الرجوع في عارية القبر لحرمة الميت. فإذا أكله السبع انقضت حرمته عن المكان.

والمنع من الرجوع في موضع الأجذاع لما يلحقه من الضرر بانهدام السقف وهذا

موجود بعد انكسار الجذع، فأما إذا أخذ منه على وضع أجذاعه عوضاً فلا يصح إلا بعد معرفة عدد الأجذاع وطولها وامتلائها وموضعها من الحائط وقدر دخولها فيه.

لأن المعاوضة تحرس من الجهالة ثم اختلف أصحابنا فيه إذا انتفت الجهالة عنه هل يكون بيعاً أو إجارة، على وجهين:

أحدهما: يكون بيعاً وهذا قول أبي حامد المروروذي. فعلى هذا يصح على التأييد من غير اشتراط مدة فيه ومتى انهدم الحائط ثم بني أعيد وجهاً واحداً. بخلاف العارية التي لا يمنع من صحتها الجهالة بمدة منفعتها.

والوجه الثاني: وهو عندي أصح أنه يكون إجارة ولا يكون بيعاً.

لأنه عقد على منفعة لا عين. فعلى هذا لا يصح إلا باشتراط مدة معلومة تتقدر بها المنفعة ويؤخذ بقلع ذلك عند انقضائها.

وعلى الوجهين معاً أن قدر ذلك بمدة صح وكانت إجارة، وهكذا لو صالحه على إجراء مسيل ماء في أرضه فلا بد من تعيين موضعه وتقدير طوله وعرضه ثم إن قدر بمدة صح وكانت إجارة وإن لم يقدره كان على وجهين:

أحدهما: أنه يكون بيعاً لما حد من الأرض لإجراء الماء فيه على التأبيد.

والثاني: يكون باطلاً إذا قيل أنه يكون إجارة.

وأما إن صالحه على سقي ماشيته من عين أو بئر مدة معلومة لم يجز لأن قدر ما تشربه الماشية مجهول. وهكذا الزرع ولكن لو صالحه على نصف العين أو ثلثها جاز وكان بيعاً لا يحتاج إلى تقدير المدة فيه لأنه عقد على عين. ولو قدره بمدة خرج عن البيع إلى الإجارة فكان باطلاً لأن إجارة عين الماء منها لا يجوز.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَمْ أَجْعَلْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَفْتَحَ فِيهِ كَوَّةً وَلَا يَبْنِي عَلَيْهِ إِلَّا بِإِذْنِ صَاحِبِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا كان الحائط بين شريكين لم يكن لأحدهما أن يفتح فيه كوة ولا يضع فيه جذعاً ولا يسمّر فيه وتداً إلا بإذن شريكه.

وجوز العراقيون لأحد الشريكين أن يفعل في الحائط ما لا يضر به من فتح كوة وإيتاد وتد إعتباراً بالعرف المعتاد فيه بين الناس وهذا خطأ لأمرين:

أحدهما: أن تفرّد أحدهما بالتصرف في ذلك غير جائز.

والثاني: أنه هدم بعض الحائط فلم يجز كالباب.

فإن قيل فهلا كان كوضع الجذوع فيه فيكون على قولين:

قيل: الفرق بينهما أن الحائط موضوع للحيلولة ووضع الأجذاع فيه لا يمنع من الحيلولة.

وفتح الكوة يمنع منها. فلو آذن أحدهما لصاحبه في فتح كوة ثم أراد سدها لم يكن له ذلك إلا بإذن شريكه. لأنه زيادة بناء على حائطه. والشريكان في الحائط لا يجوز لأحدهما البناء عليه إلا بإذن شريكه فيه.

وكلما لم يكن للشريك أن يفعله فأولى أن لا يكون للجار أن يفعله. فلو صالح جاره على فتح كوة في حائطه لم يجز لأنه صلح على الهواء والضوء ولو أن رجلاً فتح كوة في حائطه فأراد جاره أن يبني في وجهها حائطاً في ملكه يمنعه الضوء من الكوة جاز ولم يكن لصاحب الكوة أن يمنعه لأنه متصرف في ملكه.

فصل: وإذا كان لرجل دار ظهرها إلى زقاق مرفوع فأراد أن يفتح من ظهر داره إلى الزقاق كوة أو ينصب شباك للضوء جاز ولم يمنع لأنه متصرف في ملكه. ولو أراد فتح باب إليه فإن كان يريد فتحه للاستطراق فيه لم يجز لأنه لا حق له في استطراق الزقاق المرفوع. وإن كان يريد فتحه لينصب عليه باباً ولا يستطرقه ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز لأنه لو أراد هدم حائطه كله جاز فإذا أراد هدم بعضه فأولى بالجواز.

ولأنه لو أراد يحول بين داره والزقاق ببناء جاز، فكذلك إذا أراد أن يحول بينهما بباب.

والوجه الثاني: لا يجوز لأنه يوهم بذلك عند تطاول الزمان أنه مستحق للاستطراق.

لأن الباب من شواهد استحقاقه وليس كذلك هدم بعض الحائط فيه.

فصل: وإذا كان في الزقاق المرفوع داران لرجلين إحداهما في أوله والأخرى في آخره فأراد صاحب الدار الأولى تغيير بابه ونقله من موضعه إلى غيره.

فإن أراد تقديمه إلى باب الزقاق كان له. لأنه قد كان يستحق الاستطراق إلى غاية اقتصر على بعضها فصار تاركاً لبعض حقه.

وإن أراد تأخير بابه إلى صدر الزقاق لم يكن له لأنه يصير متجاوزاً لحقه في الاستطراق.

وكان بعض أصحابنا يجوز له ذلك ويجعل عرصة الزقاق كلها مشتركة بينهما تخريجاً

من عرصة السفل، إذا تنازعها صاحب العلو والسفل على ما سنذكره.

فأما صاحب الدار التي في صدر الزقاق إن أراد تقديم بابه جاز إن لم يرد إدخال ما وراء ذلك إلى داره.

وإن أراد إدخال ما وراء الباب المستحدث إلى صدر الزقاق في داره فهو على اختلاف أصحابنا: هل عرصة الزقاق مشتركة بين الدارين أم لا؟

فمن قال إنها مشتركة منع صاحب الصدر من إدخال ذلك في داره.

ومن قال إنها ليست مشتركة وإن ما يتجاوز باب الأول يختص بملك صاحب الصدر جوز له ذلك.

وأما إن أراد صاحب الدار الأول أن يقر بابه في موضعه ويفتح دونه باباً ثانياً جاز ولم يمنع.

وقال أبو حنيفة: أمنعه من فتح باب ثان لأنه يستحق مدخلاً واحداً فلم يجز أن يتعدى إلى مدخلين.

وهذا خطأ لأنه مستحق للإستطراق فيه فلا فرق بين أن يكون من مدخل أو مدخلين. ولأن موضع الباب المستحدث لو أراد هدمه لغير باب جاز فكذا الباب.

فصل: وإذا كان لرجل داران متلاصقان وباب كل واحدة منها إلى زقاق مرفوع فأراد هدم الحائط الذي بين الدارين جاز.

ولو أراد فتح باب من إحدى الدارين إلى الأخرى غير نافذ ليستطرقه لم يجز.

وهو قول أبي حنيفة ومالك لأمرين:

أحدهما: أنه يصير مستطرقاً إلى كل واحدة من الدارين من الزقاق الذي لا حق لها في الاستطراق منه.

والثاني: أن الزقاق مرفوع فيجعله بفتح الباب مستطرقاً غير مرفوع. والله أعلم بالصواب وخبرنا به الإمام أبو علي الحسين بن صالح بن خيران من أصحاب الشافعي رضي الله عنه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَقَسَّمْتُهُ بَيْنَهُمَا إِنْ شَاءَا إِنْ كَانَ عَرْضُهُ ذِرَاعاً أُعْطِيهِ شِبْراً فِي طُولِ الجِدَارِ ثُمَّ قُلْتُ لَهُ إِنْ شِئْتَ أَنْ تَزِيدَ مِنْ عَرَصَةِ دَارِكَ أَوْ بَيْتِكَ شِبْراً آخَرَ لِيَكُونَ لَكَ جِدَارٌ خَالِصٌ فَذَلِكَ لَكَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا كان الحائط بين شريكين فطلب أحدهما القسمة وأراد إجبار شريكه عليها عند امتناعه منها لم يخل ذلك من ثلاثة أقسام:

أحدهما: أن يكون بناء لا عرصة له.

والثاني: أن يكون عرصة لا بناء فيها.

والثالث: أن يكون معاً.

فإن كان الحائط بناء لا عرصه له لم يجز أن يقسم جبراً لأن البناء لا يعلم ما فيه ليتساويا في الاقتسام به إلا بعد هدمه وفي هدمه ضرر فلم يدخله إجبار فإن اصطلحا عليه جاز.

وإن كان ذلك عرصة لأبناء فيها دخلها الإجبار في القسمة فإن دعا الطالب إلى قسمه عرصة الحائط طولاً أجيب إليها ومثاله أن يكون طول العرصة عشرة أذرع وعرضها ذراع فيدعوا إلى قسمة الطول ليكون خمسة أذرع من العشرة في عرض ذراع فهذا جائز لأن أي النصفين حصل له بالقرعة نفعه، فإن دعي إلى القسمة عرضاً ليكونْ له شبراً من العرض في الطول كله ففي جواز الجبر عليها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه لا يجاب إليها ولا يجبر الممتنع عليها، لأن قسمة الإجبار ما دخلتها القرعة.

ودخول القرعة في هذه القسمة مضر، لأنه قد يحصل لكل منهما بالقرعة ما يلي صاحبه، فلا ينتفع واحد منهما بشيء مما صار إليه، وعادت بالضرر عليه، والقسمة إذا عادت بضرر الشريكين لم يدخلها الإجبار.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أنه يجاب إليها، ويقسم عرض العرصة بينهما، ويدفع إلى كل واحد منهما النصف الذي يليه بغير ذرعه، لأن القرعة تدخل في القسمة لتمييز ما اشتبه الانتفاع به والأنفع لكل واحد منهما أن يأخذ ما يليه، فلم يكن لدخول القرعة وجه قال الشافعي: ثم قلت له إن شئت أن تزيد من عرصة دارك أو بيتك شبراً آخر ليكون لك، جداراً خالصاً فذلك لك.

وهذا لم يقله مشوره كما عابه من جهل معنى كلامه، وإنما قاله ليبين أن كل واحد منهما قد ينتفع بما صار له.

ثم ذكر وجه المنفعة، بأن يضم إلى العرصة شبراً ليصير جداراً كاملاً.

فصل: فإن كان الحائط بناء وعرصة نظر في طالب القسمة، فإن دعي إليها عرضاً

ليكون له شبر من عرض البناء، والعرصة من الطول كله، لم يجب إليها جبراً، ولا يصح ذلك بينهما تراضياً واختياراً، وإنما كان كذلك لأن ما يصير إلى كل واحد منهما من نصف العرض مضر به ويصاحبه.

لأنه إن أراد هدمه لم يقدر عليه إلا بهدم ما لشريكه أو شيء منه وإن أراد وضع شيء عليه، وقع الثقل على ما لشريكه فأضر به.

فإن قيل: فهلا جاز ذلك بتراضيهما؟ قيل إن تراضيا بهدمه في الحال والاقتسام بآلته جاز.

وإن تراضيا بقسمته بناء قائماً، وتحديد ما لكل واحد منهما متصلاً لم يجز وإن لما ذكرنا من دخول الضرر فيما بعد.

وإن كان الطالب يدعو إلى قسمته طولاً، ليكون لكل واحد منهما نصفه طولاً في العرض كله جازت بالتراضي.

وفي جواز الإجبار عليها وجهان:

أحدهما: وهو ظاهر قول أبي إسحاق المروزي، لا يجاب إليها ولا يجبر الممتنع عليها لأنه قد لا يقدر على هدم النصف الذي صار له إلا بهدم شيء من نصف صاحبه فصارت ضرراً عليهما.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة يجبره على هذه القسمة بالقرعة، لأن الضرر على كل واحد منهما في هدم حصته يسير فلم يمنع من القسمة. ولأنه قد يمكن وله إزالة الضرر بقطع الحائط بينهما بالمنشار، فلا ينهدم من حصة الآخر شيء.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ هَدَمَاهُ ثُمَّ اصْطَلَحَا عَلَى أَنْ يَكُونَ لأَحَدِهِمَا ثُلُثُهُ وَلِلآخَرِ ثُلُثَاهُ عَلَى أَنْ يَحْمِلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا شَاءَ عَلَيْهِ إِذَا بَنَاهُ فَالصُّلْحُ فَاسِدٌ وَإِنْ شَاءَا أَوْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا قُسِّمَتْ أَرْضُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا هدم الشريكان حائطاً بينهما، ثم اصطلحا عند بنائه بمالهما أن يكون لأحدهما ثلثه، وللآخر ثلثاه، على أن يحمل كل واحد منهما عليه ما شاء من أجذاع وغيرها، فهذا صلح باطل لثلاثة معان:

أحدها: أنه بذل بصلحه على الثلث بعد ملكه النصف سدساً بغير عوض. وبذل الملك في الصلح إذا كان عبثاً بغير عوض لا يصح.

والثاني: أنه شرط فيه الانتقال لملك صاحبه من غير عوض وذلك لا يصح.

والثالث: أنه اشترط لنفسه ارتفاقاً مجهولاً وذلك باطل، فإذا ثبت بطلان الصلح لما ذكرنا. وكانا قد عملا به ووضعا فوق الحائط ما شاءا فالملك بينهما نصفان على ما كان من قبل، ثم لكل واحد منهما أن يأخذا صاحبه بقلع ما وضعه في الحائط من أجذاعه.

وسواء في ذلك من شرط الزيادة والنقصان، لأنه وإن كان مأذوناً فيه فهو عن عقد فاسد، ففسد ما تضمنه من الإذن.

ولأن الإذن يقتضي وضع ما يستأنفه، كما يقتضي وضع ما تقدمه ثم كان ممنوعاً من المستأنف، فكذلك من المتقدم ولا وجه، لأن يقر أجذاع من شرط الزيادة لنفسه لأن صاحبه قد شرط عليه ما لم يحصل له من وضع ما شاء من أجذاعه.

فصل: قال الشافعي رحمه الله: فإن شاءا أو أحدهما، قسمت أرضه بينهما نصفين.

وقد اختلف أصحابنا في تأويل هذا الكلام بحسب اختلافهم في كيفية قسمة العرصة جبراً بين الشريكين.

فذهب أبو إسحاق المروزي إلى أنه محمول على إيقاعها جبراً إذا طلب أحدهما قسمة العرصة طولاً لا عرضاً.

وذهب أبو علي بن أبي هريرة إلى أنه محمول على إيقاعها جبراً على الأمرين طولاً وعرضاً وقد مضى مشروحاً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانَ الْبَيْتُ السُّفْلُ فِي يَدَيْ رَجُلٍ وَالْعُلُوُ فِي يَدَيْ آخَرَ فَتَدَاعَيَا سَقْفَهُ فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لأَنَّ سَقْفَ السُّفْلِ تَابِعٌ لَهُ وَسَطْحُ الْعُلْوِ أَرْضٌ لَهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح: إذا كان بيت سفله لرجل وعلوه لآخر، فاختلفا في السقف الذي بينهما وتداعياه، فمذهب الشافعي رحمه الله أنهما يتحالفان ويكون بينهما نصفان.

وحكي عن مالك أنه يكون لصاحب العلو، لأنه لا يقدر على التصرف في العلو إلا به.

وحكي عن أبي حنيفة أنه يكون لصاحب السفل، لأنه موضوع على ملكه كالجدار المبني في أرضه.

وكلا المذهبين غلط وكون السقف بينهما أصح. لتساوي أيديهما عليه وتصرفهما فيه،

فهو لصاحب السفل سقف ومرفق، ولصاحب العلو أرض ومقعد، ولأنه متصل بمالهما ومجاور لملكيهما فوجب أن يستويا فيه كالحائط إذا كان بين داريهما.

فإذا ثبت أنه يكون بينهما، فلصاحب العلو أن يتصرف فيه كما كان يتصرف من قبل بالجلوس عليه، وإحراز المتاع المعتاد فيه من غير تجاوز ولا تعد.

كالحائط إذا اختلفا فيه وكانت عليه جذوع لأحدهما جعل بينهما وأقرت الأجذاع على حالها.

وأما صاحب السفل فارتفاقه به أن يكون مستظلاً به، من غير أن يتجاوز ذلك إلى تعليق شيء عليه، لأن السقف لم يوضع غالباً إلا للاستظلال. ولا وجه لما أجازه بعض أصحابنا من تعليق زنبيل عليه. ووضع خطاف فيه.

لأن إيتاد الوتد في الحائط المشترك أسبل وهو ممنوع منه، كما ذكرنا في السقف أولى أن يكون ممنوعاً منه.

فصل: ولو تنازعا في حائط السفل، فهو لصاحب السفل إلى منتهى وضع الأجذاع مع يمينه، لأنه في يده وتحت تصرفه.

ولو تنازعا في حائط العلو، فهو لصاحب العلو مما فوق أجذاع السقف، لأنه في يدي صاحب العلو وتحت تصرفه.

وما كان من الحائط بين السفل والعلو في خلال أجذاع السقف فهو بينهما، لأنه تبع للسقف المشترك بينهما.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ سَقَطَ لَمْ يُجْبَرْ صَاحِبُ السُّفْلِ عَلَى بِنَائِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

إذا انهدم البيت الذي سفله لرجل وعلوه لآخر، فإنه لا يخلو حالهما من أربعة أحوال:

أحدها: أن يتفقا على تركه مهدوماً فلا اعتراض عليهما فيه.

والثاني: أن يتفقا على بنائه فذلك لهما، ويختص صاحب السفل ببناء السفل إلى انتهاء وضع الأجذاع. وصاحب العلو ببناء العلو إلى حيث كان من غير أن يزيد عليه، ولا لصاحب السفل أن يأخذه بالنقصان عنه. فلو اختلفا مع اتفاقهما أن ارتفاع السفل والعلو عشرون ذراعاً، فقال صاحب السفل، السفل خمسة عشر ذراعاً، وارتفاع العلو خمسة أذرع،

وقال صاحب العلو بل ارتفاع السفل خمسة أذرع وارتفاع العلو خمسة عشر ذراعاً.

فقد اختلفا على أن لصاحب السفل خمسة أذرع لا نزاع فيها ولصاحب العلو خمسة أذرع لا نزاع فيها، واختلفا في عشرة أذرع ادعاها كل واحد منهما وأيديهما معاً عليها، فوجب أن يتحالفا عليها ويجعل العشرة المختلف عليها بعد أيمانهما معاً بينهما نصفان.

فيصير لصاحب السفل عشرة أذرع، ولصاحب العلو عشرة أذرع. ثم يشتركان في بناء السفل، بعد أن يختص كل واحد منهما ببناء حقه، إلا أن يكون السقف لأحدهما، فيختص الذي هو له ببنائه دون غيره.

والحال الثالثة: أن يمتنع صاحب العلو من البناء، ويدعو صاحب السفل إليه، فله أن يختص ببناء سفله، وليس له مطالبة صاحب العلو ببناء علوه، لأنه لا حق له في بنائه، ويقدر على الانتفاع بحقه إلا أن يكون السقف بينهما، فيكون على ما نذكره من القولين في إجبار الشريكين على المباناة.

والحال الرابعة: وهي مسألة الكتاب: أن يمتنع صاحب السفل من بنائه ويدعو صاحب العلو إليه ليبني العلو عليه ففي إجباره قولان:

وهكذا الشريكان في حائط قد انهدم، إذا دعي أحدهما إلى البناء وامتنع الآخر. هل يجبر الممتنع منهما على البناء أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وهو قوله في القديم وبه قال مالك: أنه يجبر الممتنع على البناء ليصل الآخر إلى حقه. لقوله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ مَنْ ضَارَّ أَضَرَّ اللَّهُ بِهِ وَمَنْ شَاقَّ شَقَّ اللَّهُ عَلَيْهِ»[1].

فلما نفى لحقوق الإضرار دل على وجوب الإجبار. ولما روي: أن الضحاك بن خليفة أنبع ماء بالعريص وأراد أن يجريه إلى أرضه فلم يصل إليه إلا بعد إمراره على أرض محمد بن سلمة فامتنع محمد من ذلك وتخاصما إلى عمر رضي الله عنه، فقال عمر لمحمد بن سلمة ليمرنّ به أو أمِرّه على بطنك[2].

وروي أنه «قُضِيَ عَلَى بَعْضِ الأَنْصَارِ، بِمِثْلِ ذَلِكَ لِعَبْدِ الرَّحْمٰنِ بْنِ عَوْفٍ».

---

(١) أخرجه ابن ماجة (٢٣٤٠ ـ ٢٣٤١) وأحمد في المسند ١/٣١٣ والطبراني في الكبير ٢/٢٨١، ١١/٣٠٢ والحاكم في المستدرك ٢/٥٨ والبيهقي ٦/٦٩ ـ ٧٠ والدارقطني ٣/٧٧ والشافعي في المسند كما في البدائع (١٣٣٠) وأبو نعيم في الحلية ٩/٧٦ وفي التاريخ ١/٣٤٤.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦/١٥٧.

وإن رسول الله ﷺ «قَضَى بِمِثْلِ ذَلِكَ لِلزُّبَيْرِ ابْنِ الْعَوَّامِ عَلَى بَعْضِ الأَنْصَارِ حَتَّى قَالَ الأَنْصَارِيُّ: إِنْ كَانَ ابْنُ عَمَّتِكَ فَتَمَعَّرَ وَجْهُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَنْزَلَ اللَّهُ: «فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ»[٣]. فلما جاء الخبر والأثر بمثل ما ذكرنا لزوال الضرر عن الجار دل على أن الضرر يزال بالإجبار.

ولأنه لما استحقت الشفعة لزوال الضرر بها ووجبت القسمة إذا دعي إليها أحد الشريكين لينتفي الإضرار معها، كان وجوب المباناة مع ما فيها من تضاعف الضرر أولى.

والقول الثاني قاله في الجديد وهو الصحيح وبه قال أبي حنيفة أنه لا إجبار في ذلك ويترك كل واحد منهما إلى أن يختار البناء لقوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ».

ولأنه لا يجبر على عمارة ملكه، ولا عمارة ملك غيره في حال الانفراد فوجب أن لا يجبر على عمارته في حال الاشتراك كالزرع والغراس طرداً وكنفقة البهائم عكساً.

ولأنه لا يخلوا أن يكون الإجبار لمصلحة نفسه، أو لمصلحة غيره وقد تقرر أنه لا يجبر على واحد منهما.

فأما الجواب عن قوله «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» فهو أنه ليس استعماله في نفي الضرر عن الطالب بإدخاله على المطلوب، بأولى من نفيه عن المطلوب بإدخاله على الطالب.

إذ ليس يمكن نفيه عنهما، فتناوب الأمران فيه فسقط الاستدلال بظاهره.

وأما حديث عمر فهو قضية في عين لا يجوز أن يستدل بعمومها ولعل إجراء المال قد كان مستحقاً من قبل.

لأن الإجماع لا يلزم أحد أن يجري ماء غيره على أرضه وكذلك حديث الزبير.

وأما استحقاق الشفعة لإزالة الضرر بها، فلأنه لا يدخل على الغير إضرار بها. لأنه قد يأخذ ما قدر وليس كذلك في العمارة والمباناة.

وأما القسمة فليست غرماً، وإنما هي لتمييز الملكين وإقرار الحقين والعمارة غرم محض فافترقا.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من القولين: فإن قلنا بإجباره على العمارة على قوله في

---

(٣) أخرجه البخاري ٣٤/٥ (٢٣٥٩ - ٤٥٨٥) ومسلم ١٨٢٩/٤ - ١٨٣٠ كتاب الفضائل (١٢٩ - ٢٣٥٧).

القديم. فإن كان موسراً أخذ بالعمارة في الحال. فإن كان في حائط مشترك كانت النفقة بينهما على قدر الملكين. وإن كان في سفل وعلو اختص صاحب السفل بعمارة سفله وانفرد صاحب العلو بعمارة علوه، واشتركا في السقف الذي بينهما.

وإن كان الممتنع معسراً قيل للطالب الداعي إلى العمارة صاحبك معسر، وأنت بالخيار بين أن تعمر جميعه بمالك وترجع على صاحبك إذا أيسر بقدر حصته أو تكف.

فإن بادر الطالب بعمارة ذلك من غير استئذان حاكم نظر، فإن كان الممتنع موسراً لم يكن له الرجوع عليه بشيء، وصار متطوعاً بالنفقة، وإن كان معسراً ففي رجوعه وجهان:

أحدهما: يرجع عليه بالنفقة إذا أيسر بها، لأنها مستحقة شرعاً وإن لم يؤذن فيها حكماً.

والوجه الثاني: وهو أظهر لا رجوع له بها للاختلاف فيها، فلم يستقر وجوبها إلا بحكم.

فعلى الوجه الأول ليس للثاني أن يمنع شريكه من بيع حصته والانتفاع بها إلا بعد أخذ نفقته، فيصير كالمرهون بها وهو قول أبو حامد المروروذي.

وعلى الوجه الثاني ليس له منعه من البيع والانتفاع به، لأنه لا رجوع له بسببها وهو قول الجمهور.

وإذا قلنا بقوله في الجديد أنه لا إجبار في العمارة تركاً ومنعاً من المخاصمة، وقيل لطالبها إن شئت أن تعمر متطوعاً لتصل إلى حقك لم تمنع، ولا رجوع لك بشيء من نفقتك، ولا لك منع صاحبك من بيع حصته والانتفاع بها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ تَطَوَّعَ صَاحِبُ الْعُلْوِ بِأَنْ يَبْنِيَ السَّفلَ كَمَا كَانَ ثُمَّ يَبْنِي عُلْوَهُ كَمَا كَانَ فَذَلِكَ لَهُ وَلَيْسَ لَهُ مَنْعُ صَاحِبِ السُّفْلِ مِنْ سُكْنَاهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

ليس لصاحب السفل منع صاحب العلو من بناء السفل والعلو لأنه لا يصل إلى حقه من العلو إلا ببناء السفل، ولا رجوع له بالنفقة على القولين. لأنه صرح بالتطوع بها. ولا له إذا بناه أن يمنع صاحب السفل من سكنى سفله، لأنه حق له فلم يجز أن يمنع منه.

فأما الارتفاق بحائط السفل، فإن كان قد بناه صاحب العلو بآلة صاحب السفل لم يكن له منعه من الارتفاق بحائطه كما جرت العادة به.

وإن كان قد بناه بآلة نفسه فله أن يمنعه من التصرف فيه والاستناد عليه.

ولا يمنعه من الجلوس في القرار والارتفاق به فلو كان له من قبل رسم في وضع جذع أو نصب رف أو إيتاد وتد كان له منعه من ذلك وإن كان الرسم من قبل ذلك جارياً به. لأن رسمه كان في حائطه المبني بآلته.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَنَقْضُ الْجُدْرَانِ لَهُ وَمَتِى شَاءَ أَنْ يَهْدِمُهَا هَدَمَهَا».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

إذا تطوع صاحب العلو ببناء السفل، ثم أراد هدمه لم تخل الآلة التي بنا بها السفل من أن تكون ملكاً له أو ملكاً لصاحب السفل. فإن كانت ملكاً لصاحب السفل فهو متطوع بالنفقة وليس له هدم البناء، لأن النفقة أثر لا عين.

وليس له في هدم ذلك نفع فصار كمن غصب نقرة فضربها دراهماً، أو غزلاً فنسجه ثوباً، أو طيباً فضربه لبناً، لم يكن له إعادة الدراهم نقره، والثوب غزلاً، واللبن طيناً، لأنه عيب لا يستفيد به نفعاً.

وإن كانت الآلة من الأجر والجص واللبن والطين ملكاً لصاحب العلو فله هدم ذلك واسترجاع آلته ليصل بذلك إلى عين ماله.

فإن بذل له صاحب السفل قيمة ذلك، فهل يجبر صاحب العلو على قبولها أم لا على ما ذكرنا من القولين.

إن قيل: إن صاحب السفل يجبر على البناء إذا سأله صاحب العلو.

يجبر على أخذ القيمة إذا بذلها صاحب السفل، لأنه بذل له ما لو طالب به من قبل للزمه.

وإن قيل أن صاحب السفل لا يجبر على البناء.

لم يجبر صاحب العلو على أخذ القيمة إذا تطوع بالبناء، لأنه بذل له ما لو طولب به لم يلزمه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكَذَلِكَ الشُّرَكَاءُ فِي نَهْرٍ أَوْ بِئْرٍ لاَ يُجْبَرُ أَحَدُهُمْ عَلَى الإِصْلاَحِ لِضَرَرٍ وَلاَ غَيْرِهِ وَلاَ يُمْنَعُ الْمَنْفَعَةِ فَإِنْ أَصْلَحَ غَيْرُهُ فَلَهُ عَيْنُ مَالِهِ مَتَى شَاءَ نَزَعَهُ».

قال الماوردي: وهذا على ما ذكرنا من القولين في الشركاء، إذا كان بينهم نهر فأفسد أو عين فغارت أو بئر ما فانطمث ودعا بعضهم إلى حفر ذلك وإصلاحه وامتنع الباقون، فهل يجبر الممتنعون أم لا على قولين:

على قوله في القديم يجبرون وعلى قوله في الجديد لا يجبرون، فإن اختاروا جميعاً حفره وإلا تركوا. وإذا اجتمعوا على الحفر جبراً، أو اختياراً، فقد اختلف الناس في مؤونة الحفر كيف تكون بينهم.

فذهب أبو حنيفة إلى أن أهل النهر يجتمعون مع الأول فيحفرون معه، حتى إذا انتهى الأول إلى آخر ملكه. خرج وحفر الباقون مع الثاني، وخرج عند آخر ملكه، وحفر الباقون مع الثالث هكذا حتى ينتهي إلى الأخير، فينفرد وحده بحفر ما يليه.

قال وإنما كان كذلك، لأن ماء أهل النهر كله يجري على أرض الأول فوجب أن يشتركوا جميعاً في حفره وليس يجري ماء الأول على الثاني، فلم يلزمه أن يحفر معه.

وذهب الشافعي والجمهور إلى أن مؤونة الحفر مقسطة بينهم على قدر أملاكهم، إلا أن منهم من قسطها على مساحات الأرضين وقدر جريانها.

لأن الماء الجاري فيه يسبح عليها على قدر مساحاتها وجريانها ومنهم من قسطها على قدر مساحة وجوه الأرضين التي على النهر وهو أشبه بمذهب الشافعي وقول أصحابه لأن مؤونة الحفر تزيد بطول مساحة الوجه الذي على النهر، وتقل بقصره، فوجب أن يكون معتبراً به.

فصل: وإذا تطوع بعض الشركاء في البئر أو النهر، بحفره لم يكن له منع باقي شركائه من الانتفاع بالسقي منه على ما كان مستحقاً له من قبل لاشتراكهم فيه.

وإن تفرد هذا بآثار الحفر، إلا أن تكون له آلة قد نصبها لاستسقاء الماء كالرشا ودلو على بئر أو دولاب وبكرة على بئر فله منع شركائه من الاستسقاء بآلته، لأنها ملك له لا حق فيها لغيره.

فإذا أرادوا تعليق رشا ودلو، أو نصب دولاب وبكرة لم يكن له أن يمنعهم من ذلك، لأن في منعهم من ذلك منعاً من استسقاء الماء الذي هم فيه شركاء.

فإن كانت البئر لا تحتمل إلا رشا ودلواً واحداً قيل له أنت بالخيار بين أن تمكنهم من السقي برشاك ودلوك، وبين أن ترفع رشاك ودلوك عند اكتفائك لينصبوا لأنفسهم رشا ودلواً، فإن رضي بتمكينهم من السقي برشاه، ودلوه. وأبو أن يسقوا إلا برشاهم ودلوهم، كان القول قولهم في وضع دلوهم ورشاهم ولم يلزمهم الاستقاء بدلوه ورشاه، لأنها عارية مضمونة فلم يجب عليهم التزام ضمانها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي كِتَابِ الدَّعْوَى وَالبَيِّنَاتِ عَلَى كِتَابِ اخْتِلَافِ أَبِي حَنِيفَةَ: «فَإِذَا أَفَادَ صَاحِبُ السَّفلِ مَالاً أَخَذَ مِنْهُ قِيمَةَ مَا أَنْفَقَ فِي السَّفلِ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) قُلْتُ أَنَا الأَوَلُ أَوْلَى بِقَوْلِهِ لأَنَّ الثَّانِي مُتَطَوِّعٌ فَلَيْسَ لَـهُ أَخْذَهُ مِنْ غَيْـرِهِ إِلَّا أَنْ يُرَاضِيَـهُ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: أما كتاب الدعوى على كتاب أبي حنيفة فمن كتب الشافعي في الجديد.

فاختلف أصحابنا فيما قاله فيه، فذهب المزني وابن أبي هريرة إلى أنه أجبر فيه على البناء والمحافرة، كما أجبر عليه في القديم.

فصار قوله في القديم وأحد قوليه في الجديد وجوب المباناة والمحافرة.

فإن أعسر بها الممتنع وأنفق الطالب، رجع عليه عند يساره بما أنفق إذا كان قد أنفق بحكم حاكم.

وإن كان بغير حكم حاكم فعلى ما ذكرنا من الوجهين.

وذهب سائر أصحابنا إلى أنه لم يرد بذلك الإجبار على المباناة والمحافرة، وإنما هو محمول على قوله في الجديد مع سقوط الإجبار في ذلك على أحد أمرين:

إما أن يكون صاحب السفل قد أذن لصاب العلو أن يبني ليرجع عليه بما أنفق، فلصاحب العلو أن يرجع عليه عند يساره، بما أنفق، لأنه أنفق بإذنه ونائباً عنه.

أو يكون صاحب العلو والسفل اتفقا على الهدم ليبنيا ذلك من بعد، فإذا هدماه أجبر صاحب السفل على البناء، قولاً واحداً نص عليه في الأم.

ومن أصحابنا من كان يخرج الإجبار في هذا على قولين كالذي مضى، وليس بصحيح، بل يجبر على ذلك في القولين معاً، لأنهما لما اصطلحا على الهدم والبناء صار البناء مضموناً عليه بالشرط الذي التزمه، فوجب أن يجبر عليه ليفي بشرطه.

فلو أعسر بالبناء، كان لصاحب العلو أن يبني ليرجع على صاحب السفل بما أنفق في بناء السفل، فيكون الذي نص عليه في كتاب الدعوى على أبي حنيفة هو ما ذكرنا.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْـهُ: «وَإِذَا كَانَتْ لِرَجُلٍ نَخْلَةٌ أَوْ شَجَرَةٌ فَاسْتَعْلَتْ وَانْتَشَرَتْ أَغْصَانُهَا عَلَى دَارِ رَجُلٍ فَعَلَيْـهِ قَطْعُ مَا شَرَعَ فِي دَارِ غَيْـرِهِ فَإِنْ صَالَحَهُ عَلَى تَرْكِهِ فَلَيْسَ بِجَائِزٍ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا كان في دار رجل نخله أو شجرة، فاستعلت أغصانها وانتشرت إلى دار جاره، وطالبه الجار بإزالة ما انتشر في داره من الأغصان فذلك له.

وعلى صاحب الشجرة أن يتوصل إلى إزالة ذلك عنه، لأن من ملك داراً ملك الارتفاق بعلوها والهواء فيها، فلم يكن لصاحب الشجرة إسقاط حقه فإن كانت الشجرة يابسة، قطع الأغصان المنتشرة عنها.

وإن كانت رطبة ثناها وشدها إلى الشجرة أو قطعها إن شاء.

فإن بادر صاحب الدار فقطع ما انتشر في داره من الأغصان، فإن كانت يابسة لا تنثني جاز ولم يضمن إذا لم يتعد.

وقال بعض العراقيين يضمن إذا قطعها بغير حكم حاكم. وهذا غير صحيح، لأنه مستحق لذلك اتفاقاً فلم يكن حكم الحاكم فيه مؤثراً.

فأما إن كانت الأغصان رطبة فهو ضامن لما نقص من قيمة الشجرة بقطع الغصن منها، لأن قطعه غير مستحق، لأنه يمكن إزالة الضرر عنه بأن يثني الغصن إلى الشجرة ويشد معها فصار يقطعه متعدياً، .

فإن طالب صاحب الغصن أن يصالحه الجار على تركه فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون الغصن في الهواء لم يستند على حائطه فإن كان كذلك لم يجز الصلح وكان باطلاً.

لأنه صلح على الهواء، والصلح على الهواء لا يجوز، لأنه من توابع الملك فلم يجز إفراده بالعقد كالمرافق.

والضرب الثاني: أن يكون الغصن قد استند على حائطه فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون الغصن يابساً فالصلح على إقراره جائز كما يجوز الصلح على وضع جزع في حائطه. وإن كان الغصن رطباً ففي الصلح على إقراره وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وجمهور البغداديين أن الصلح على إقراره باطل، لأنه ينمى مع الأوقات فصار صلحاً على مجهول.

والوجه الثاني: أن الصلح عليه جائز، ويكون ما حدث فيه من النماء تبعاً لا يبطل بالجهالة، كما لا يبطل العقد بجهالة ما كان تبعاً له من المرافق والأساس وهذا قول أكثر البصريين.

فصل: إذا غرس الرجل غرساً في أرضه، وكان يعلم أن الغرس إذا كبر وطال انتشرت أغصانه إلى دار الجار، لم يكن للجار أن يأخذه بقلعه في الحال، لأنه إنما يستحق قلع الأغصان المنتشرة في داره وليست في الحال موجودة.

وقد لا توجد من بعد، وإن وجدت فقد يزول ملك الجار فيما بعد. وهكذا لو أراد حفر بئر في أرضه، وكانت تصل نداوة البئر إلى حائط جاره، لم يكن للجار أن يمنعه من حفرها، لأنه متصرف في ملكه، كما لا يمنعه من وقود النار وإن تأذى بالدخان.

فصل: إذا مال حائط الرجل إلى دار جاره، فطالبه الجار بإزالة الميل عن داره فذلك له، وعلى صاحب الحائط[١] أن يهدمه ليزول الميل. أو يهدم منه القدر المائل. ليتصرف الجار في هواء داره كله.

ولو كان ميل الحائط إلى دار صاحبه، وكان الجار خائفاً من انهدامه على نفسه، أو ماله لم يلزم هدمه، لأنه لم يفوت عليه في الحال حقاً ولا أتلف عليه ملكاً، وانهدامه في الثاني مضنون وقد لا يكون.

فصل: حكى أبو بكر بن إدريس عن أبي حامد المروروذي أن أبا إسحاق المروزي سئل عن شجرة الأترج إذا انتشرت أغصانها إلى ملك رجل، ودخل رأس الغصن في برنيه له وانعقدت فيه أترجة وكبرت، ولم يمكن إخراجها إلا بقطع الغصن والأترجة أو كسر البرنية ما الواجب؟

فقال الواجب قطع الغصن والأترجة لتسلم البرنية، لأن الغصن لما شرع في ملك غيره كان مأخوذاً بإزالته، فلما لم يزله صار مستعدياً به فوجب أن يلتزم حكم تعدية. ويكون القطع المتقدم واجباً عليه، وليس من صاحب البرنية تعد في وضعها في ملكه.

فقيل لأبي حامد ما تقول في البرنية إذا كانت وديعة. في بيت رجل، فوضعها في سطحه حتى وقعت فيها أترجة من غصن جاره فقال: يقطع الأترجة لتسلم البرنية.

لأن قطع الغصن قد كان مستحقاً من قبل. وذلك أسبق من وضع البرنية، فقيل له فما تقول إن كانت الشجرة في داره والبرنية في يده قال يقطع الغصن أيضاً لتسلم البرنية. لأنه متعد بوضع البرنية بحيث يدخل غصن الشجرة فيها.

فقيل له ما تقول في حيوان بلع لؤلؤة. قال لا آمر بذبحه وأتركهم حتى يصطلحوا عليه، لأن للحيوان حرمة.

---

(١) في أ الدار.

ألا ترى أنه لو غصب خيطاً وخاط به جرح حيوان لم يكلف الرد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ صَالَحَهُ عَلَى دَرَاهِمٍ بِدَنَانِيرٍ أَوْ عَلَى دَنَانِيرِ بِدَرَاهِمِ لَمْ يَجُزْ إِلَّا بِالْقَبْضِ فَإِنْ قَبَضَ بَعْضاً وَبَقِيَ بَعْضٌ جَازَ فِيمَا قَبَضَ وَانْتَقَضَ فِيمَا لَمْ يَقْبِضْ إِذَا رَضِيَ بِذَلِكَ الْمُصَالِحُ الْقَابِضُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا ادعى عليه مائة دينار فاعترف بها وصالحه منها على ألف درهم أو ادعى عليه ألف درهم فصالحه منها على مائة دينار فالصلح جائز إذا تقابضا قبل الافتراق.

لأن أخذ الدراهم عوضاً عن الدنانير صرف يلزم فيه التقابض قبل الافتراق.

وهذا يوافقنا عليه أبو حنيفة فلزمه أن يجعل الصلح معاوضة يبطل بالإنكار.

ولو كان لإسقاط الخصومة حتى يجوز مع الإنكار لجاز فيه إسقاط حكم الربا وإن تقابضا بعد الافتراق.

فإذا ثبت هذا لم يخل حالهما من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يتقابضا جميع الألف قبل الافتراق فقد انتجز الصلح وانبرم وسقطت المطالبة بالدنانير واستوفى ما تضمنه عقد الصلح من الدراهم.

والقسم الثاني: أن يتفرقا قبل القبض فالصلح باطل ويعود المصالح إلى حقه من الدنانير فيطالب بها دون الدراهم التي صالح عليها.

والقسم الثالث: أن يتقابضا بعض الدراهم قبل الافتراق ويبقى بعضها فالصلح باطل فيما لم يقبض.

فأما في المقبوض فعلى قول أبي إسحاق المروزي أن الفساد الطارىء بعد العقد بمثابة الفساد المقترن بالعقد، يكون الصلح على قولين: من تفريق الصفقة.

أحدهما: باطل لبطلانه فيما لم يقبض.

والثاني: جائز.

وعلى قول جمهور أصحابنا أن الفساد الطارىء بعد العقد مخالف لما قارق العقد. وأن فساد بعض ما تضمنته الصفقة بما يأتي من الفساد لا يوجب فساد ما بقي إذا عري عن الفساد فعلى هذا يكون الصلح في المقبوض جائزاً قولاً واحداً.

ثم ينظر في المصالح فإن كان ما اختار الفسخ عند فراقه قبل قبض البقية فلا خيار له في الفسخ لأن فراقه قبل قبض الباقي رضي منه بتفريق الصفقة فلم يكن له فسخها بعد التراضي.

وإن كان أنكر فراقه قبل قبض الباقي فهو بالخيار بين أن يقيم أو يفسخ فإن فسخ رد ما قبض وطالب بالدنانير التي كانت له.

وإن أقام فعلى طريقة أبي إسحاق يجعل فيما يأخذ به المطلوب المقبوض قولين:

أحدهما: يأخذه بكل الدنانير.

والثاني: بالحساب والقسط.

وعلى طريقة غيره يجعل المقبوض مأخوذاً بحسابه وقسطه قولاً واحداً.

فصل: فأما إذا صالحه من مائة دينار على نصفها فهذا حطيطة وإبراء يجوز أن يفارقه فيها قبل القبض.

لأن صحة الإبراء لا تكون موقوفة على قبض ما بقي.

فصل: ولو صالحه من المائة دينار على ثوب أو عبد ففي استحقاق قبضه قبل الافتراق وجهان:

أحدهما: لا يستحق ويجوز الافتراق فيه قبل القبض. لأنه لا ربا في بيع الدنانير بثوب أو عبد.

والوجه الثاني: يستحق ويبطل الصلح فيه بالتفرق قبل القبض. لأن تأخير القبض فيه يجعله بيع دين بدين.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا أَقَرَّ أَحَدُ الوَرَثَةِ فِي دَارٍ فِي أَيْدِيهِمْ يَحِقُّ لِرَجُلٍ ثُمَّ صَالَحَهُ مِنْهُ عَلَى شَيْءٍ بِعَيْنِهِ فَالصُّلْحُ جَائِزٌ وَالْوَارِثُ المُقِرُّ مُتَطَوِّعٌ لا يَرْجِعُ عَلَى إِخْوَتِهِ بِشَيْءٍ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل مات وترك داراً على ورثته فادعى رجل أن الدار له وأن المتوفى كان قد أخذها منه أما بغصب أو إجارة أو عارية فصدقه أحد الورثة على دعواه وأقر له بالدار وصالحه منها على مال فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يصالحه على قدر حصته من الدار.

والثاني: أن يصالحه على جميع الدار عن جميع الورثة.

والثالث: أن يصالحه عن جميع الدار لنفسه.

فإن صالحه على قدر حصته صح الصلح فيها وكان المدعي على مطالبته باقي الورثة ولم يكن لباقي الورثة شفعة فيما صالح عليه، لأنهم بإنكار الدعوى معترفون بإبطال الصلح وإسقاط الشفعة، وفيه وجه آخر لبعض أصحابنا أن لهم الشفعة فيما صالح عليه لأنه معترف أنه ملك ذلك بالصلح لا بالإرث.

وإن صالحه على جميع الدار عن جميع الورثة صح الصلح إن كان بأذنهم وفي حصته بغير إذنه وجهان مضيا فيمن صالح عن غيره.

أحدهما: يصح أيضاً ولا يرجع عليهم بشيء.

والثاني: لا يصح فعلى هذا يبطل الصلح في حصص باقي الورثة وهل يبطل في حصة المصالح على قولين من تفريق الصفقة.

وإن صالحه عن جميع الدار لنفسه فيكون في حكم من ابتاع داراً بعضها في يده وبعضها في يد غيره. فإن أقر بأنه قادر على انتزاع ذلك ممن هو في يده صح الصلح في الجميع. وإلا بطل الصلح فيما لا يقدر على انتزاعه. وهل يبطل فيما بيده على قولين.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ بَيْتاً فِي يَدَيْهِ فَاصْطَلَحَا بَعْدَ الإِقْرَارِ عَلَى أَنْ يَكُونَ لأَحَدِهِمَا سَطْحُهُ وَالبِنَاءُ عَلَى جُدْرَانِهِ بِنَاءٌ مَعْلُومٌ فَجَائِزٌ (قَالَ المُزَنِيُّ) قُلْتُ أَنَا لاَ يَجُوزُ أَقِيْسُ عَلَى قَوْلِهِ فِي إِبْطَالِهِ أَنْ يُعْطى رَجُلٌ مَالاً عَلَى أَنْ يَشْرَعَ فِي بِنَائِهِ حَقًّا فَكَذَلِكَ لاَ يَجُوزُ الصُّلْحُ عَلَى أَنْ يُبْنَى عَلَى جُدْرَانِهِ بِنَاءً».

قال الماوردي: واختلف أصحابنا في مراد الشافعي بمسطور هذه المسألة على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنها مصورة في رجل ادعى بيتاً في يد رجل فأقر له صاحب اليد بجميع البيت. ثم أن المقر له صالح المقرَّ بأن وهب له علو البيت على أن له أن يبني عليه بناء معلوماً فهذا جائز ويكون صلح هبة لا صلح على معاوضة فهذا قول أبي إسحاق والمسألة تقدمت مع بيان آراء الفقهاء فيها.

والمذهب الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنها مصورة في رجل ادعى بيتاً في يدي رجل فأقر له بسفل البيت دون علوه. ثم صالحه على السفل الذي أقر له به بالعلو الذي لم يقر به ليبني على العلو بناء معلوماً.

[فهذا صلح جائز لأنه بيع سفل يعلو ليبنى عليه بناء معلوماً فيكون صلح معاوضة][1] فهذا قول أبي علي.

والمذهب الثالث: وهو قول أبي الطيب ابن سلمة أنها مصورة فيمن ادعى بيتاً في يدي رجل فاعترف له بجميعه ثم أن المقر له ترك للمقر سفل البيت ترك إبراء ليبني لنفسه على ما بقي له من العلو بناء معلوماً.

فهذا صلح جائز ويكون صلح حطيطة وإبراء فهذا قول أبي الطيب.

فصل: فأما المزني فإنه منع جواز الصلح على سقف بيته ليبني عليه بناء معلوماً كما لا يجوز الصلح على إخراج جناح وإن كان معلوماً وهذا خطأ.

والفرق بينهما يمنع من تساوي حكمهما وذلك أن الصلح على إخراج الجناح صلح على الهواء الذي لا يملك فلم يجز أن يملك به عوضاً.

والصلح على البناء على السقف صلح على مملوك فجاز أن يملك به عوضاً كما لو صالحه على البناء في قرار أرضه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ اشْتَرَى عُلْوَ بَيْتٍ عَلَى أَنْ يَبْنِيَ عَلَى جُدْرَانِهِ وَيَسْكُنُ عَلَى سَطْحِهِ أَجَزْتُ ذَلِكَ إِذَا سَمِيَّنا مُنْتَهَى الْبُنْيَانِ لأَنَّهُ لَيْسَ كَالأَرْضِ فِي احْتِمَالِ مَا يُبْنَى عَلَيْهَا (قَالَ الْمُزَنِيُّ) هَذَا عِنْدِي غَيْرُ مَنْعِهِ فِي كِتَابِ أَدَبِ القَاضِي أَنْ يَقْتَسِمَا دَاراً عَلَى أَنْ يَكُونَ لأَحَدِهِمَا السُّفْلُ وَلِلآخَرِ الْعُلْوُ حَتَّى يَكُونَ السُّفْلُ وَالْعُلْوُ لِوَاحِدٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. يجوز أن يشتري علو بيت دون سفله.

ومنع أبو حنيفة من إفراد العلو بالعقد دون السفل لأن العلو تبع يجري مجرى المرافق التي لا يجوز إفرادها بالعقد.

وهذا خطأ لأن العلو عين مملوكة يجوز الانتفاع بها فجاز أن يفرد بعقد البيع كالسفل.

ولأن البناء تبع للعرصة في البيع ويجوز إفرادها بالعقد وكذلك العلو وهذا دليل وانفصال.

فصل: فإذا ثبت جواز بيع العلو منفرداً دون السفل فلا يخلو حالهما إذا تبايعاه من ثلاثة أقسام:

---

(١) سقط في أ.

أحدها: أن يشترطا في العقد أن يبني عليه.

والثاني: أن يشترطا فيه أن لا يبني عليه.

والثالث: أن يطلقا العقد.

فإن اشترطا أن يبنى عليه لم يخل حال الشرط من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يشترطا عليه بناء معلوماً بصفاته طولاً وعرضاً ويصفان آلته آجر وجص ولبن وطين فهذا بيع جائز وشرط لازم.

وليس للمشتري الزيادة عليه ولا للبائع المنع منه لأنها منفعة معلومة.

والقسم الثاني: أن يشترطا أن يبني ما شاء فهذا شرط باطل للجهالة به وبيع باطل لما تضمنه من بطلان الشرط الفاسد. وخالف الأرض إذا عاوضه على البناء فيها. لأن الأرض تحتمل ما يبنى عليها فلم يحتج إلى تقديره بالشرط. والعلو لا يحتمل البناء عليه إلا إلى حد مقدر فافترقا.

القسم الثالث: أن يشترطا البناء ولا يشترطا قدره ولا وصفا طوله وعرضه بل يكون الشرط مطلقاً ففي الشرط وجهان:

أحدهما: لازم ويبني عليه ما احتمله لأنه قد يتقدر عند أهل الخبرة بالمعتاد المألوف فلم يفتقر إلى تقديره بالشرط.

والوجه الثاني: أن الشرط باطل لأن العادات فيه مختلفة وأهل الخبرة لا يتفقون فيه ولأنه مجهول عند المتعاقدين في الحال وهذا أصح الوجهين.

فعلى هذا يكون البيع باطلاً. لفساد ما ضمّن من الشرط فهذا الكلام فيه إذا تبايعاه بشرط البناء عليه.

فأما إذا تبايعاه بشرط أن لا يبني عليه فالبيع جائز وليس له البناء عليه وله أن يسكن فيه ويرتفق به كيف شاء بعد أن لا يبني.

فإن قيل: فلم صح هذا العقد وقد تضمنه شرط أوقع عليه حجراً في ملكه فصار كما لو باعه أرضاً على أن لا يبني فيها.

قيل الشرط لم يتضمن حجراً فيما ملكه بالعقد. وإنما تضمن المنع من إحداث ما ليس على ملكه في الحال.

والفرق بين العلو حيث جاز بيعه بشرط أن لا يبني عليه وبين الأرض حيث لم يجز

بيعها بشرط أن لا يبني فيها أن الأرض المبيعة لم يبق للبائع فيها حق. ولا يدخل عليه بالبنيان فيها ضرر فبطل العقد فيها باشتراط ما لا يتعلق بحقه. وليس كذلك العلو لأنه متصل بملك البائع وفي البناء عليه إضرار به فصار الشرط فيه متعلقاً بحقه فافترقا.

فهذا الكلام فيه إذا شرط أن لا يبني عليه.

فأما إذا تبايعاه مطلقاً بغير شرط فهل للمشتري أن يبني عليه أم لا على وجهين: -

أحدهما: أنه يبني عليه ما احتمله. لأنها منفعة من منافع ملكه فلم يجز أن يحجر عليه فيها.

والوجه الثاني: وهو أصح ليس له البناء لما فيه من الإضرار بالسفل وتكون منفعته مقصورة على السكنى والارتفاق بما تضمنه العقد من غير إحداث زيادة.

فأما البيع فعلى الوجهين معاً لازم وإنما الوجهان في جواز البناء.

فصل: فأما المزني فإنه يذهب إلى إبطال بيع العلو مفرداً عن السفل كقول أبي حنيفة.

وتعلقا بما ذكره من الصلح على إشراع الجناح الذي قد مضى الانفصال عنه.

ثم لما حكاه عن الشافعي في كتاب أدب القاضي أنه منع من قسمة دار على أن يكون لأحدهما سفلها وللآخر علوها.

فجعل هذا من قوله دليلاً على أن العلو لا يجوز إفراده بالعقد وهذا الذي قاله المزني غير صحيح لأن الشافعي إنما منع من قسمة الدار أن يكون علوها لأحد الشريكين وسفلها للآخر إجباراً أو كرهاً.

لأن قسمة الإجبار توجب تعديل الملك بين الشريكين ليكون شطر الدار علواً وسفلاً لأحدهما وشطراً للآخر بقدر السهام في الملك.

فأما إذا تراضيا الشريكان بقسمة الدار على أن يكون سفلها لأحدهما وعلوها للآخر جاز.

والصلح إنما هو عقد مراضاة لا يصح مع الإجبار فلم يجز أن تعتبر فيه قسمة الإجبار.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَتْ مَنَازِلَ سَفَلٍ فِي يَدَيْ رَجُلٍ وَالْعُلُوَ فِي يَدَيْ آخَرَ فَتَدَاعَيَا الْعَرَصَةَ فَهِيَ بَيْنَهُمَا».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

وصورتها أن يكون علوها لرجل وسفلها لغيره واختلفا في عرصة الدار فادعاها صاحب السفل وقال هي لي وادعاها صاحب العلو وقال هي لي، فلا يخلو حال العرصة من أحد أمرين:

إما أن يكون عليها ممر لصاحب العلو أو ليس له عليها ممر.

فإن كان عليها لصاحب العلو ممر واستطراق لأنه يصعد إلى علوه بعد اجتيازه فيها فهي بينهما بعد أن يتحالفا عليها. لأن كل واحد منهما متصرف فيها فصارت بأيديهما فوجب أن تكون بينهما.

وإن لم يكن عليها لصاحب العلو ممر ولا له فيها استطراق فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون محولة عن ممره وموضع استطراقه بباب أو بناء كدواخل البيوت فيكون ذلك لصاحب السفل لا يختلف لأنه قد تفرد بالتصرف فيه فصار منفرداً باليد عليه.

والضرب الثاني: أن يكون متصلاً بممره وموضع استطراقه من غير حائل دونه مثل أن يكون ممره في بعض الصحن وباقيه متصل به وليس لصاحب العلو استطراق فيه. فالقدر الذي يستحق فيه ممراً أو استطراقاً يكون بينهما نصفان وما وراءه مما لا حق له في استطراقه ولا حائل دونه فيه وجهان: -

أصحهما: يكون لصاحب السفل لتفرده باليد عليه.

والثاني: وهو قول بعض أصحابنا المتأخرين أنه يكون بينهما. لاتصاله بما هذا حكمه.

ومن هذين الوجهين مضى تخريج الوجهين في عرضة الزقاق المرفوع.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ كَانَ فِيهَا دَرَجٌ إِلَى عُلُوِّهَا فَهِيَ لِصَاحِبِ الْعُلُوِ كَانَتْ مَعْقُودَةً أَوْ غَيْرَ مَعْقُودَةٍ لأَنَّهَا تَتَّخِذُ مَمَرّاً وَإِنْ انْتَفَعَ بِمَا تَحْتَهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا اختلف صاحب السفل وصاحب الغلو في درجة فادعاها كل واحد منهما فلا يخلو حالها من أحد أمرين:

إما أن يكون تحتها مرفق لصاحب السفل أم لا.

فإن لم يكن تحتها مرفق لصاحب السفل بل كانت صماء فهي لصاحب العلو لأنها لا تتخذ على هذا الوجه إلا ممراً فصار صاحب العلو أحق بها بالتصرف فيها واليد عليها. فكان أحق بها وسواء كانت من خشب أو من غيره. وإن كان تحتها مرفق فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون مرفقاً كاملاً كبيت أو خزانة تصلح للسكنى أو إحراز القياس فتكون الدرجة بينهما نصفين. كالسقف لأن لكل واحد منهما فيها تصرفاً وله عليها يداً فصارا فيها سواء.

إلا أن صاحب السفل مختص بالتصرف في سفلها والارتفاق به وليس له الصعود عليها.

وصاحب العلو مختص بالصعود عليها وليس له التصرف فيما تحتها. كالسقف المجعول بين صاحب العلو والسفل ليس لكل واحد منهما أن يتصرف فيه إلا بما هو مختص به.

والضرب الثاني: أن يكون المرفق ناقصاً مثل أن يكون تحتها رف أو موضع جب أو ما جرى مجراه من غير أن يكون بيتاً كاملاً ففيها وجهان:

أحدهما: أنها تكون بينهما نصفين كالبيت لارتفاقهما بها وهذا قول أبي إسحاق وأبي علي بن أبي هريرة.

والوجه الثاني: أنها لصاحب العلو لأن تصرفه فيها أكمل ويده عليها أقوى وهذا قول أبي حامد.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ ادَّعَىٰ عَلَى رَجُلٍ زَرْعاً فِي أَرْضٍ فَصَالَحَهُ مِنْ ذَلِكَ عَلَى دَرَاهِم فَجَائِزٌ لأَنَّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ زَرْعَهُ أَخْضَرَ مِمَّنْ يَقْصِلُهُ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل بيده زرع في أرض ادعاه مدع فأقر له به وصالحه عليه بمال بذله له فلا يخلو حال الزرع من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون مما يجوز بيعه بكل حال.

والثاني: أن يكون مما لا يجوز بيعه بحال.

والثالث: أن يكون مما يجوز بيعه بشرط القطع ولا يجوز على الإطلاق.

فإن كان مما يجوز بيعه بكل حال كالزرع إذا اشتد وكان بارز الحب كالشعير فيجوز الصلح عليه بالدراهم وغيرها مطلقاً وبشرط القطع كما يجوز في البيع. وإن كان مما لا يجوز بيعه مفرداً بحال كالبذر قبل نباته وما اشتد من الزرع إذا كان مستوراً في أكمامه كالحنطة على أصح القولين فالصلح باطل كما أن بيعه باطل.

وإن كان مما يجوز بيعه بشرط القطع فإن صالح عليه بشرط القطع صح الصلح. وإن صالح عليه مطلقاً لم يخل حال الأرض من أحد أمرين:

إما أن تكون للمصالح باذل المال أو لا تكون.

فإن لم تكن الأرض له بطل صلحه على الزرع بغير شرط القطع كما يبطل بيعه بغير اشتراط القطع. وإن كانت الأرض له ففي صلحه وجهان: ـ

أحدهما: أنه يجوز لأنه يصير تبعاً للأرض فصار كمشتري الزرع مع الأرض.

والوجه الثاني: أنه باطل حتى يشترط فيه القطع لأن عقد الصلح قد انفرد بالزرع فلا يجوز أن يجعل تبعاً لما لم يدخل فيه من الأرض.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ الزَّرْعُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَصَالَحَهُ أَحَدُهُمَا عَلَى نِصْفِ الزَّرْعِ لَمْ يَجُزْ مِنْ قِبَلِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُقَسَّمَ الزَّرْعُ أَخْضَرَ وَلَا يُجْبِرُ شَرِيكَهُ عَلَى أَنْ يَقْلَعَ مِنْهُ شَيْئاً».

قال الماوردي: وهذا كما قال. وإذا كان الزرع في يدي رجلين فادعاه رجل فصدقه أحدهما دون الآخر وصالحه المصدق على نصفه بمال فإن كان الزرع مما يصح الصلح عليه بغير اشتراط القطع. كسنبل الشعير وما برز من الحبوب المشتدة جاز الصلح.

وإن كان مما يلزم اشتراط القطع فيه كالزرع الذي هو بقل لم يشتد نظر.

فإن لم تكن الأرض للمقر المصالح فهذا الصلح باطل لأن اشتراط القطع في نصف الزرع مشاعاً غير ممكن وقسمته لا تلزم.

وإن كانت الأرض للمقر المصالح ففي صحة الصلح وجهان:

إن قيل إن اشتراط القطع فيه لازم بطل الصلح لتعذر اشتراطه فيه وإن قيل إن اشتراط القطع فيه غير لازم صح الصلح.

وهكذا لو كان الزرع كله في يد رجل واحد فأقر لمدعيه بنصفه وصالحه عليه كان الصلح فيه على ما ذكرنا من بطلانه إن لم تكن الأرض له وإن كانت الأرض له فعلى وجهين: لأنه يصير مصالحاً على نصفه مشاعاً فتعذر اشتراط قطعه. والله أعلم وبالله التوفيق وهو حسبي.

كتَابُ الْحوَالَةِ

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : «أَخْبَرَنَـا مَالِـكٌ عَنْ أَبِي الزِّنَـادِ عَنِ الأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ «مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ وَإِذَا اتُّبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتَّبِعْ[1]» .

قال الماوردي : الأصل في جواز الحوالة السنة والإجماع .

فأما السنـة فمرويـة عن أبي هريـرة من ثلاثـة طرق روى الشـافعي منها طـريقين وروى العراقيون الثالث .

أحـدها: مـا رواه الشافعي عن مـالك عن أبي الـزنـاد عن الأعـرج عن أبي هـريـرة إن رسول الله ﷺ قال «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ فَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتبعْ» .

والثاني: ما رواه الشافعي عن سفيان بن عيينة عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ قال (مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ وَمَنْ أُتْبِعَ عَلَى مَلِي فَلْيَتْبَعْ) .

والثـالث: تفـرد بـه العـراقيـون، فـرواه أبـو بشـر بن أبي حبيش عن أبي هــريـرة عن رسول الله ﷺ قال «إِذَا أُحِيـلَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَحْتَلْ»[2] وأما الإجمـاع فيما نحكيـه عن علي وعثمان رضي الله عنهما فيما بعد .

فصل: فإذا ثبت جواز الحوالة، فاعلم أنها لا تتم إلا بأربعة بمحيل، ومحتـال، ومحال عليه ومحال به .

فأما المحيل، فهو الذي كان الحق عليه، فنقله بالحوالة إلى ذمة غيره فلا بد أن يكـون مختاراً لنقل الحق من ذمته، فإن لم يخترها لم يجبـر عليها لأن رضـاه شرط في صحتـه، لأن

---

(١) أخرجه البخاري ٤/٤٦٤ كتاب الحوالة (٢٢٨٧) ومسلم ٣/١١٩٧ كتـاب المساقـاة (٣٣/١٥٦٤) وأبو داود (٣٣٤٥) والترمذي (١٣٠٨ ـ ١٣٠٩) والنسـائي ٧/٣١٧ وابن ماجـة (٢٤٠٤) وأحمد في المسنـد ٢/٧١ والبيهقي في السنن الكبـرى ٦/ ٧٠ والـدارمي ٢/ ٢٦١ وابن أبي شيبـة ٧/ ٧٩ والـطبـراني في الصغير ١/ ٢٣١ .

(٢) انظر سنن البيهقي ٦/٣٩٦ .

الحق إذا لزمه فالمستحق عليه أداؤه لا نقله، ألا ترى إنه إذا سُئِل نقل الحق إلى عين يعطها بدلاً من الحق لم يلزمه وكذا لو سئل نقله إلى ذمة أخرى لم يلزمه.

فصل: وأما المحتال فهو صاحب الحق الذي نقله من ذمة المحيل إلى ذمة أخرى ورضاه بنقل الحق شرط في صحة الحوالة، وليس قبولها واجباً عليه وقال داود وأبو ثور قبولها إذا أحيل على مليء واجب عليه لقوله ﷺ «إذا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَحْتَلْ». وهذا أمر يقتضي الوجوب ودليلنا قوله ﷺ: «إن لصاحب الحق يداً ومقالاً» فكان عاماً.

ولأن الحقوق التي في الذمم قد تنتقل تارة إلى ذمة بالحوالة، وتارة إلى عين بالمعاوضة، فلما ثبت أن نقله إلى العين لا يلزم إلا بالتراضي، فنقله إلى الذمة أوْلى ألا يلزم إلا بالتراضي، لأنه بنقله إلى عين أخرى قد وصل إلى حقه وبنقله إلى ذمة أخرى لم يصل إلى حقه، ولأن ما ثبت في الذمة قد يكون تارةً سلماً وتارةً ديناً فلما لم يلزم قبول الحوالة في السلم، لم يلزم قبول الحوالة في الدين أما الخبر فمحمول على الإباحة لأنه وارد بعد حظر -وهو نهيه عن بيع الدين بالدين.

فصل: وأما المحال عليه فهو من انتقل الحق بالحوالة من ذمة المحيل إلى ذمته، وظاهر مذهب الشافعي أن رضاه غير معتبر في صحة الحوالة، بل تتم برضا المحيل والمحتال سواء رضي بذلك المحال عليه أم لم يرض وبه قال من أصحابنا أبو العباس بن سريج وأبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة وقال أبو إبراهيم المزني وأبو عبد الله الزبيري وأبو سعيد الإصطخري وأبو حفص بن الوكيل الحوالة لا تتم إلا برضا المحال عليه فإن لم يقبلها ولم يرض بها لم تصح، وبه قال أبو حنيفة ومالك.

استدلالاً بأن من كان وجوده في الحوالة شرطاً كان رضاه فيها شرطاً كالمحيل والمحتال.

ولأن الدين قد يتعلق بالذمة أصلاً وبالرهن فرعاً، فلما لم يكن لصاحب الدين أن يولّي الرهن غيره فأولى ألا يكون له أن يُوَلّي الذمة غيره ولأنه ربما كان صاحب الدين أسهل اقتضاء وأسهل معاملة وأسمح قبضاً، فلا يرضى من عليه الدين بمعاملة غيره، لأنه بخلاف معاملته، فلذلك كان بقاء الدين بالحوالة موقوفاً على قبوله، ودليلنا إن من عليه الدين، مملوك الذمة، فلم يكن رضاه معتبراً في نقل الملك، كبيع العبد المملوك، ولأن بالحوالة يزول ملكه عن الدين كالإبراء. فلما لم يكن رضا المبرأ معتبراً في صحة البراءة، لم يكن رضا المحال عليه معتبراً في صحة الحوالة، ولأن مالك الدين مخيَّر في استيفائه بنفسه وبغيره، كالوكيل وكذلك بالمحتال.

فأما الجواب عما ذكروه من المحيل والمحتال فالمعنى في المحيل أنه مالك فكان رضاه معتبراً في زوال ملكه والمحال عليه مملوك، والمعنى في المحتال أنه لما لم تتم البراءة من دينه إلا برضاه لم تتم الحوالة به إلا عن رضاه، ولما تمت البراءة عن الدين الذي على المحال عليه بغير رضاه تمت الحوالة بغير رضاه.

وأما الجواب عن الرهن فهو أن المرتهن لما لم يملك الرهن لم يكن له أن ينقله إلى غيره، ولما كان المحيل مالكاً للدين جاز أن ينقله إلى غيره، وأما الجواب عن قولهم إن من عليه الدين لم يرضَ إلا بمعاملته ولا دخل إلا تحت ملكه فمنتقض بالوكيل ثم يقال هو كما قد ملكت ذمته كالعبد المملوك الذي لا خيار له في تمليك رقبته أشبه.

فصل: وأما المحال به فهو الحق الذي يتحول من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه وللحق ثلاثة أحوال، أحدها أن يكون لازماً مستقراً، والثاني أن يكون غير لازم ولا مستقر، والثالث أن يكون لازماً غير مستقر فإن كان الحق لازماً مستقراً كأروش الجنايات وقيم المتلفات وأثمان المقبوض بعقود المعاوضات فالحوالة به إذا كانت على مثل صفته جائزة فلو كان الحق دراهم لم يجز أن تكون الحوالة بدنانير ولو كان بصحاح لم يجز أن تكون الحوالة بمكسرة.

ولو كان حالاً لم يجز أن تكون بمؤجل، حتى يحيله بمثله من الدراهم بدراهم وفي الصحاح بصحاح، وفي الحال بحال، وفي المؤجل بمؤجل، فإن كان الحق المستقر من غير الدراهم والدنانير كالبُرِّ والشعير فلا يخلو من أحد أمرين إما أن يكون مما يجوز المعاوضة عليه قبل قبضه أم لا، فإن كان مما تجوز المعاوضة عليه قبل قبضه كالقرض وما استهلك بالغصب فالحوالة به جائزة.

كما تجوز بالدراهم والدنانير وإن كان مما لا تجوز المعاوضة عليه قبل قبضه كالسلم، فقد خرَّج أبو العباس بن سريج في جواز الحوالة به وجهين من اختلاف الوجهين في الحوالة، هل هي بيع أو عقد إرفاق، فجوَّز الحوالة به إن قيل إنها عقد إرفاق وأبطلها إن قيل إنها بيع فإن كان الحق غير لازم ولا مستقر كمال الجعالة وعوض الكتابة فالحوالة به لا تصح لأن ما لم يجب قبل الحوالة لم يصر واجباً بالحوالة، وإن كان لازماً غير مستقر كالثمن في مدة الخيار، ففي جواز الحوالة وجهان:

أحدهما: إنه تجوز إن قيل إنها عقد إرفاق

والثاني: لا تجوز إن قيل إنها بيع

فأما وجوب الحق على المحال عليه فقد اختلف أصحابنا هل هو شرط في صحة الحوالة على وجهين:

أحدهما: أنه شرط في صحة الحوالة فمتى لم يكن للمحيل على المحال عليه ذلك الحق الذي أحال به عليه، فالحوالة باطلة، لأن الحوالة من تحول الحق فلا بد من أن يكون الحق واجباً على المحال عليه كما كان واجباً للمحتال.

والوجه الثاني: يصح وتجري مجرى الضمان لأنها وثيقة فعلى هذا لا تتم إلا بقبول المحال عليه ولا رجوع له بالحوالة قبل أدائها، فإن أداها بأمر رجع بها وإن كان بغير أمر لم يرجع بها

فصل: فإذا ثبت أن صحة الحوالة ، ـبرة بهذه الشروط الأربعة فقد اختلف أصحابنا هل هي بيع أو عقد إرفاق ومعونة، على وجهين

أحدهما: وهو ظاهر نص الشافعي في كتاب السلم أن الحوالة بيع لأن المحتال قد عاوض على ذمة بذمة .

والوجه الثاني: أنها عقد معونة وإرفاق لأنها تخرج من البيوع بما يتعلق بها من الأحكام.

فإذا قيل إنها بيع فقد اختلف أصحابنا هل هي بيع دين بدين يختص بالشرع أو بيع عين بدين على وجهين: ثم على كلا الوجهين لا يدخلها خيار الثلاث فأما خيار المجلس فعلى الوجه الذي نقول إنها عقد معونة وإرفاق لا يدخلها خيار المجلس لأن خيار المجلس موضوع لاستدراك الغبن في عقود المعاوضات وعلى الوجه الذي نقول إنها [عقد بيع ففي خيار المجلس وجهان

أحدهما: لا يدخل فيها خيار المجلس وهذا على الوجه الذي نقول إنها بيع دين بدين.

والثاني: يدخل فيها خيار المجلس إذا قيل][1] إنها بيع عين بدين وعلى هذين الوجهين هل يصح اشتراط الرهن فيها والضمان أم لا فيه وجهان.

أحدهما: يصح إن قيل إنها بيع عين بدين

والثاني: لا يصح إن قيل إنها بيع دين بدين

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ**: «وَفِي هَذَا دَلَالَةُ أَنَّ الحَقَّ يَتَحَوَّلُ عَلى المُحَالِ عَلَيْهِ وَيَبْرَأُ مِنْهُ المحيلُ فَلَا يَرْجِعَ عَلَيْهِ أَبَداً كان المُحَالِ عَلَيْهِ غَنِيّاً أَوْ فَقِيراً أَفْلَسَ أَوْ مَاتَ

---

(١) سقط في أ.

مُعْدَماً» قال الماوردي: وهذا كما قال إذا قبل المحتال الحوالة فقد انتقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه إجماعاً فإن أفلس المحال عليه أو جحد لم يكن للمحتال أن يرجع على المحيل بشيء وقال أبو حنيفة رحمه الله للمحتال أن يرجع على المحيل إذا مات المحال عليه مفلساً أو جحد الحق حياً، وقال أبو يوسف ومحمد :يرجع عليه في هذين الموضعين وإذا أفلس حياً واستدلوا بحديث شعبة عن خليد بن جعفر عن أبي إياس معونة بن قرة عن عثمان رضي الله عنه قال في الحوالة أو الكفالة يرجع صاحبها لا توى على مال مسلم ولأن الحقوق المستقرة في الذمم قد تنتقل تارةً إلى ذمة أخرى بالحوالة وتارة إلى عين بالمعاوضة فلما كان تلف العين قبل قبضها يوجب عود الحق إلى الذمة الأولى، وجب أن يكون تلف الذمة قبل قبض الحق منها. يوجب عود الحق إلى الذمة الأولى. وتحريره قياساً أنه حق انتقل من الذمة إلى جهة فات استيفاؤه منها، فوجب أن يعود إلى الذمة التي كان ثابتاً فيها. كالأعيان التالفة قبل قبضها.

قالوا: ولأن خراب الذمة لا يخلو أن يجرى مجرى العيب أو الاستحقاق فإن جرى مجرى الاستحقاق فقد عاد الحق إلى الذمة الأولى وإن جرى مجرى العيب كان مخيَّراً في الرجوع إلى الذمة الأولى.

قالوا ولأنه لما كان خراب الذمة بالفلس يوجب عندكم عود الحق إلى العين المبيعة كان ما يوجب عوده إلى الذمة الأولى أولى والدليل على صحة ما ذهبنا إليه قوله صلى الله عليه وسلم «وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتبع» فكان الدليل فيه من وجهين:

أحدهما: وهو دليل الشافعي رضي الله عنه إنه لو كان له الرجوع لما كان لاشتراط الملاءة فائدة، لأنه إن لم يصل إلى حقه رجع فلما شرط الملاءة علم أن الحق قد انتقل بها انتقالاً لا رجوع له به فاشترط الملاءة حراسة لحقه.

والدليل الثاني قوله: فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع فأوجب عموم الظاهر اتباع المحال عليه أبداً، أفلس أو لم يفلس، وروي إنه كان لحزن جد سعيد بن المسيب على علي بن أبي طالب رضي الله عنه مال، فأحاله به على إنسان فمات المحال عليه فرجع حزن إلى علي، وقال: قد مات من أحلتني عليه، فقال: قد اخترت علينا غيرنا أبعدك الله، ولم يعطه شيئاً، فلو كان له الرجوع لما استجاز علي أن يمنعه منه وهو فعل منتشر في الصحابة لا نعرف له مخالفاً.

فـإن عورض بحـديث عثمان، كـان الجواب عنـه ما نـذكره، وأمـا المعنى فهو سقـوط المطالبة عمن عليه الحق من غير بقاء علقة يمنع من عوده كما لو سقط بقبض أو إبـراء، ولأن تعذر استيفاء الحق من المحال عليه لا يوجب فسخ الحوالة كما لو أفلس حياً، ولأن من لزمـه حق في ذمته فموته لا يوجب فسـخ العقد الـذي ثبت الحق لأجله كالمشتـري بثمن مؤجل إذا مات لم يوجب موته فسخ الشراء ولأن انتقال الحق من محل إلى مثله لا يثبت إلا بـالمراضـاة قياساً على الإبدال في الأعيان ولأن الحوالة بالحق تجري مجرى القبض بدليلين:

أحدهما: أنه صرف يجوز الافتراق فيه، فلولا أنه قبض لبطل بالافتراق.

والثاني: أن المحيل لو مات جاز لورثته الاقتسام بالتركة لبقاء حقـه فيها فـدل هذا على أن الحق مقبوض والحقوق المقبوضة إذا تلفت الرجوع بها كالأعيان المقبوضـة ولأن الحوالـة اسم مشتق من معناه، وهو تحول الحق به كما أن الضمان مشتق من انضمام ذمة إلى ذمة فلم يجز أن يعود الحق بعد تحوله إلا بمثل ما انتقل به.

فأما الجواب عما استدلوا به من حديث عثمان فمن وجوه:

أحدها: إنها رواية خليد وهو مجهول،

والثاني: إنه منقطع لأن معاوية بن قرة لم يلق عثمان والحديث المنقطع غير لازم

والثالث: إنه قال في الحوالة أو الكفالة فكان شكـاً يمنع من صحـة الاستدلال لأن في الكفالة يرجع وفي الحوالة لا يرجع، والشك يمنع من تعيينه في الحوالة.

والرابع: إنه مستعمل لأنه قال لا تُـوى على مال مسلم، فيحمـل إنه لا تُـوى على مال المحتال وليس أُحد الاستعمالين أُولى وأما الجـواب عن قياسهم على الأُعيـان التالفـة فهو أن الحـوالة قبض للحق بـدليل مـا مضى وما تلف بعـد قبضه لم يستحق الـرجوع بـه كـالأُعيـان التالفة، وأما الجواب عما قالوا: إنه لا يخلو أن يجـري مجرى العيب أُو الاستحقـاق فهو أُنـه يجري مجرى العيب والعيوب الحادثة بعد القبض لا تستحق الرجوع بها كالأعيان.

وأما الجواب عما ألزموه على مذهبنا من الرجوع بعين المبيع عند فلس المشتري، فهو أننا جميعاً قد اتفقنا على الفـرق بينهما لأُنهم أُوجبـوا الرجـوع في الحوالـة دون المبيع ونحن نـوجب الرجـوع في المبيع دون الحـوالة فهـذا فرق من حيث الإجمـاع. ثم الفرق من حيث المعنى أن العلق في الحوالة منقطعة فلم يجز أن يعود الحق فيها والعلق في المبيع باقيةً لبقـاء عينه فجاز أن يعود الحق إلى المبيع بالفلس الحادث.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «غَرِمْنَهُ أَوْ لَمْ يَغْرِمْنَهُ وَلَوْ كَانَ كَمَا قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ إِذَا أَفْلَسَ أَوْ مَاتَ مُفْلِساً رَجَعَ عَلَى المُحِيلِ لِمَا صَبَرَ المُحْتَالُ عَلَى مَنْ أُحِيلَ لأَنَّ حَقَّهُ ثَابِتٌ عَلَى المُحِيلِ وَلَا يَخْلُو مِنْ أَنْ يَكُونَ حَقُّهُ قَدْ تَحَوَّلَ عَنِّي فَصَارَ إِلَى غَيْرِي فَلَمْ يَأْخُذْنِي بِمَا بَرِئْتُ مِنْهُ لأَنْ أَفْلِسَ غَيْرِي أَوْ لَا يَكُونُ حَقُّهُ تَحَوَّلَ عَنِّي فَلَمْ أَبْرَأْنِي مِنْهُ قَبْلَ أَنْ يَفْلَسَ المُحَالُ عَلَيْهِ وَاحْتَجَّ مُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ بِأَنَّ عُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ فِي الحِوَالَةِ أَوِ الكَفَالَةِ يَرْجِعُ صَاحِبُهَا لا توى عَلَى مَالِ مُسْلِمٍ وَهُوَ عِنْدِي يَبْطُلُ مِنْ وَجْهَيْنِ وَلَوْ صَحَّ مَا كَانَ لَهُ فِيهِ شَيْءٌ لأَنَّهُ لَا يَدْرِي قَالَ ذَلِكَ فِي الحِوَالَةِ أَوِ الكَفَالَةِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا أحاله بالحق على رجل فكان وقت الحوالة معسراً لم يرجع المحتال كما لو حدث إعسار سواء غرّه بذكر يساره أو لم يغرّه وقال مالك: إن غرّه بذكر يساره يرجع عليه وإن لم يغرّه لم يرجع عليه وبه قال أبو العباس بن سريج وحده من بين أصحابنا كلهم، قال: لأنه لما رجع المشتري في البيع بالغرور في العيب وجب أن يرجع المحتال بالغرور في اليسار.

وهذا خطأ؛ لأنا قد دللنا على أن الإعسار لا يستحق به الرجوع إذا لم يكن غروراً وكذا لا يستحق الرجوع مع الغرور والعيوب لما رجع بها مع عدم الغرور بها رجع بها مع الغرور، والفرق بينهما أن إعسار المحتال عليه قد يصل إليه من غير المحيل فلم يكون له الرجوع بها مع الغرور، والعيوب قد لا يصل إليها من غير جهة البائع فلذلك رجع بها مع الغرور فصحّ أن لا رجوع للمحتال بإعسار المحال عليه سواء كان إعساراً حادثاً أو سالفاً مغروراً به أو غير مغرور.

مسائل المزني

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ: «هَذِهِ مَسَائِلُ تَحَرَّيْتُ فِيهَا مَعَانِي جَوَابَاتِ الشَّافِعِيِّ فِي الحِوَالَةِ (قَالَ المُزَنِيُّ) قُلْتُ أَنَا مِنْ ذَلِكَ وَلَوِ اشْتَرَى عَبْداً بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَقَبَضَهُ ثُمَّ أَحَالَ البَائِعَ بِالأَلْفِ عَلَى رَجُلٍ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنُ أَلْفِ دِرْهَمٍ فَاحْتَالَ ثُمَّ إِنَّ المُشْتَرِي وَجَدَ بِالعَبْدِ عَيْباً فَرَدَّهُ بَطُلَتِ الحِوَالَةُ وَإِنْ رَدَّ الْعَبْدَ بَعْدَ أَنْ قَبَضَ البَائِعَ مَا احْتَالَ بِهِ رَجَعَ بِهِ المُشْتَرِي عَلَى البَائِعِ وَكَانَ المُحَالُ عَلَيْهِ مِنْهُ بَرِيئاً».

قال الماوردي: وصورتها في رجل اشترى من رجل عبداً بألف درهم ثم إن المشتري أحال البائع بالألف على رجل للمشتري عليه ألف، فكان المشتري محيلاً والبائع محتالاً والأجنبي محالاً عليه، وفي مذهبنا على ما بينا أن الحوالة تتم بالمحيل والمحتال وليس رضا

المحال عليه شرطاً فيها فصارت الحوالة هاهنا تامة بالبائع والمشتري.

ثم إن المشتري بعد تمام الحوالة وجد بالعبد عيباً متقدماً فرده على البائع بعيبه، فلا يخلو حال البائع في الحوالة من أحد أمرين: -

إما أن يكون قد قبض الألف من المحال عليه أو لم يقبضها، فإن كان قد قبضها من المحال عليه لم تبطل برد العبد وبرىء المحال عليه منها لأنه دفعها عن أمر المالك، وكان للمشتري إذا رد العبد أن يرجع على البائع بها لأن رد المبيع بالعيب يوجب استرجاع الثمن.

فإن كان البائع لم يقبض الحوالة قبل رد المشترى عليه العبد بالعيب، فقد قال المزني هاهنا في جامعه الصغير إن الحوالة قد بطلت.

وهكذا قال في حكاية شاذة في جامعه الكبير، وقد حكي عنه أنه قال في بعض النسخ من جامعه الكبير: الحوالة ثابتة لا تبطل. فاختلف أصحابنا في ذلك على أربعة طرق.

أحدها: أن الحوالة باطلة، على ما نص عليه في جامعه الصغير، وجمهور النسخ من جامعه الكبير فإن من حكى عن الجامع صحة الحوالة خاطىء في النقل.

وهذه طريقةأبيعلي بن أبي هريرة وأكثر أصحابنا، لأن الحوالة تمت بالبائع والمشتري، وقد اتفقنا في الرد بالعيب على إبطال سببها فوجب أن تبطل ولا يجوز أن ينفسخ البيع في الرد بالعيب ويكون البائع على حقه من استيفاء الثمن.

والطريقة الثانية: أن الحوالة ثابتة لا تبطل على الحكاية الشاذة في جامعه الكبير وإن ما قاله في الجامع الصغير خطأ وهذه طريقة أبي علي الطبري وهذه أسوأ الطرق.

وكان من دليله على صحتها مع فسادها بالنقل الصريح وبطلانها بالحجاج الصحيح أن قال أخذ البائع بالثمن حوالة كأخذه بالثمن عوضاً فلما كان إذا أخذ بالثمن عوضاً أو ثوباً ثم ترادا بعيب لم ينفسخ ملك البائع عن العوض الذي أخذه بالثمن ولزمه الثمن دون العوض، كذلك إذا أخذ بالثمن حوالة لم تبطل الحوالة وكان عليه رد بدلها، وهذا الاستدلال فاسد، والفرق بين ما ذكره إن أخذه بالثمن عوضاً هو عقد بيع ثانٍ فلم يكن فسخ أحدهما موجباً لفسخ الآخر، وليس كذلك أخذ الحوالة بالثمن لأنه عقد واحد فإذا انفسخ بطل ما تفرع عنه.

والطريق الثالثة: أن كلا النقلين صحيح، وأنه محمول على اختلاف حالين، فالموضوع الذي أبطل الحوالة إذا كان رد العبد قبل قبضها وهذه طريقة كثير من أصحابنا لأن الحوالة بعد قبضها قد انقطعت عُلْقَتها وانبرمت ولم يلحقها الفساد وهي قبل قبضها موقوفة

عليه وأصح هذه الطرق إن صح النقلان معاً الطريقة الثالثة وإن لم يصح النقلان الطريقة الأولى.

فأما إذا خرج العبد حراً، أو مستحقاً فالحوالة باطلة ـ عند كافة أصحابنا لأن البيع وقع فاسداً فلم تصح الحوالة بحال.

والطريقة الرابعة: أنه محمول على اختلاف حالين على غير هذا الوجه فالموضع الذي أبطل الحوالة إذا كان العيب متقدماً فلا يجوز حدوث مثله بعد القبض والموضع الذي أثبتها إذا جاز حدوث مثل العيب بعد القبض وكان القول في حدوثه قول البائع مع يمينه فَنَكَلَ عن اليمين وردت على المشتري ـ وحلف واستحق الرد، فالحوالة ثابتة لا تبطل، لأن الحوالة تبطل باتفاق المحيل والمحتال كما كان تمامها بهما، ـ وإذا أنكر البائع تقدم العيب صار بطلانها لو أبطلت بقول المحتال وحده وهو المشتري، والحوالة لا تبطل بقوله وحده وهذه طريقة أبي إسحاق المروزي.

(قَالَ المُزَنِيُّ) وَفِي إِبْطَالِ الْحَوَالَةِ نَظَر (قَالَ) وَلَوْ كانَ الْبَائِعُ أَحَالَ عَلَى الْمُشْتَرِي بِهَذِهِ الأَلْفِ رَجُلاً لَهُ عَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهَمٍ ثُمَّ تَصادَقَ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي أَنَّ الْعَبْدَ الَّذِي تَبَايَعَاهُ حُرُّ الأَصْلِ فَإِنَّ الْحَوَالَةَ لاَ تَنْتَقِضُ لأَنَّهُمَا يَبْطُلاَنِ بِقَوْلِهِما حَقاً لِغَيْرِهِما، فَإِنْ صَدَّقَهُما الْمُحْتَالُ أَوْ قَامَتْ بِذَلِكَ بَيِّنَةٌ انْتَقَضَتِ الْحِوَالَةُ».

قال الماوردي: وصورتها أن يشتري رجل من رجل عبداً بألف ويكون على البائع لرجل أجنبي ألف فيحيله على المشتري بالألف التي له عليه من ثمن العبد، فيصير البائع محيلاً، والأجنبي الغريم محتالاً، والمشتري محالاً عليه، والحوالة على ما وصفنا تتم بالمحيل والمحتال فتصير حينئذ هاهنا تامة بالبائع والغريم الأجنبي.

ثم إن العبد المبيع بأن حُرّ الأصل، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تقوم بحريته بيّنة عادلة فتبطل الحوالة لأن البينة مقبولة على الجميع.

والضرب الثاني: ألا تقوم بينة وإنما يتصادق البائع والمشتري على حريته فإن صدقهما الغريم الأجنبي على حرية العبد، وأن الحوالة كانت بثمنه بطلت الحوالة أيضاً، لأن من تمت به الحوالة قد اعترف ببطلان الحوالة وهو البائع المحيل والغريم المحتال، فإن لم يصدقهما على حرية العبد فالقول قوله مع يمينه، ولا تبطل الحوالة، لأن الحوالة تمت بالبائع والغريم، فلم تبطل بالبائع وحده.

وهكذا لو صدقهما على حرية العبد الذي تبايعاه وأنكر أن تكون الحوالة بثمنه وذكر أنها بمال غيره، فالقول قول الغريم أيضاً مع يمينه والحوالة بحالها صحيحة لما ذكرنا من التعليل.

فصل: فأما إذا رد المشتري العبد بعيب وتفاسخا البيع فإن لم يصدقهما الغريم على أن الألف ثمنه لم تبطل الحوالة وإن صادقهما على أن الألف من ثمنه فإن ترادا البيع وتفاسخا بالعيب من غير حكم حاكم، لم تبطل الحوالة لأنها إذا تمت لم يكن فسخها موقوفاً على خيار من لم يكن تمامها معتبراً به وإن تفاسخا بحكم حاكم، ففي بطلان الحوالة وجهان:

أحدهما: لا تبطل الحوالة لما عللنا.

والوجه الثاني: تبطل لأن حكم الحاكم إذا نفذ على المتبايعين بالفسخ ارتفع حكم العقد فلم يبق له علقة.

(قال المزني): «وَلَوْ أَحَالَ رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَضَمِنَهَا ثُمَّ اخْتَلَفَا فَقَالَ المُحِيلُ أَنْتَ وَكِيلِي فِيهَا وَقَالَ الْمُحْتَالُ بَلْ أَنْتَ أَحَلْتَنِي بِمَالِي عَلَيْكَ وَتَصَادَقَا عَلَى الْحِوَالَةِ وَالضَّمَانِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُحِيلِ وَالْمُحْتَالُ مُدَّعٍ».

قال الماوردي: وصورتها: في رجل أحال رجلاً بألف على رجل، وكان للمحتال على المحيل مال، والحوالة مطلقة لم يصرح له المحيل بأنها من حقك، ولا بأنك نائب في قبضها عني، وليست من حقك بل أطلق لفظ الحوالة ثم اختلفا فقال المحيل: أردت الوكالة بلفظ الحوالة لتكون نائباً في قبضها عني فهي لي في يدك، وليست من حقك، وقال المحتال بل هي حوالة من حقي، ولست نائباً فيها عنك ولا وكيلاً لك، فمذهب المزني، أن القول قول المحيل لأن المحتال مُدَّعى عليه يملك الحوالة فكان القول قول المحيل في بقائها على ملكه، وصار لفظ الحوالة مستعاراً في الوكالة.

وقال أبو العباس بن سريج القول قول المحتال لأن ظاهر اللفظ وافق دعواه فكان حمل الحكم على ما يقتضيه ظاهر اللفظ أولى من حمله على ما يخالفه، فعلى قول المزني، حيث جعل القول قول المحيل، لا يخلو حال المحتال من أحد أمرين: ـ

إما أن يكون قد قبض الحوالة، أو لم يقبضها، فإن لم يكن قبضها فليس له أن يقبضها، لأن المحيل وإن كان مقراً بالوكالة، فالمحتال منكرها بادعاء الحوالة.

فإن خالف وقبضها فهل تكون مضمونة عليه أم لا؟

على وجهين من اختلاف أصحابنا، هل تكون حوالة فاسدة، أو وكالة فاسدة؟ فأحد الوجهين: أنها تكون حوالة فاسدة فعلى هذا تكون مضمونة عليه.

والثاني: تكون وكالة فاسدة فعلى هذا لا ضمان عليه، وإن كان قد قبضها فقد برىء المحال عليه منها، لأنه دفعها عن إذن مالكها. ثم لا يخلو حالها من أن تكون باقية أو تالفة

فإن كانت باقية في يد المحتال كان للمحيل انتزاعها من يده، ولم يكن للمحتال منعه منها إلا أن لا يصل إلى حقه لمطله إلا بها، فيجوز له فيما بينه وبين الله تعالى أن يحبسها عليه ليستوفي حقه منها، وإن كانت تالفة لا تراجع بينهما، لأن المحيل يقول تلفت على ملكي أمانة في يدك فهي تالفة من مالي والمحتال يقول تلفت بعد أن أخذتها من حقي فقد استوفيت حقي منك.

فأما على مذهب أبي العباس بن سريج إن القول قول المحتال، فلا يخلو حالها من أن تكون المحتال قد قبضها، أو لم يقبضها، فإن لم يكن قبضها، فله أن يقبضها من بعد، لأن قول المحيل لم يقبل في إبطال الحوالة، وإن كان قد قبضها فقد برىء المحال عليه منها وليس للمحيل أن يرجع بها سواء كانت باقية أو تالفة.

وأما قول المزني: ولو أحال رجل بألف وضمنها له، فقد اختلف أصحابنا في معنى قوله، وضمنها له على ثلاثة مذاهب: ـ

أحدها: أنه قال ذلك على سبيل التأكيد، وليس ضمان المحال عليه شرطاً في صحة الحوالة وهذا قول أبي العباس بن سريج وأبي إسحاق المروزي وابن أبي هريرة ومن قال إن الحوالة تتم بالمحيل والمحتال.

والثاني: أنه شرط في صحة الحوالة، وهو قول المزني والزبيري والاصطخري ومن قال إن الحوالة تتم بالمحيل والمحتال ورضا المحال عليه.

والثالث: أنها مصورة في حوالة على من لا حق عليه للمحيل، فتجري مجرى الضمان ولا تصح إلا برضاه وقبوله.

مسألة: **(قال المزني)**: «وَلَوْ قَالَ الْمُحْتَالُ أَحَلْتَنِي عَلَيْهِ لأَقْبِضَهُ لَكَ وَلَمْ تُحْلِنِي بِمَالِي عَلَيْكَ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ وَالْمُحِيْلُ مُدَّعٍ لِلْبَرَاءَةِ مِمَّا عَلَيْهِ فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ».

قال الماوردي: وصورتها بعكس المسألة التي تقدمتها وهو أنهما اختلفا بعد الحوالة المطلقة فقال المحيل أحلتك بمالك عليَّ، وقال المحتال بل أحلتني لأقبضه لك نيابة عنك وحقي باقٍ في ذمتك، فعلى مذهب المزني: القول قول المحتال، لأن المحيل مُدّعي للبراءة من حقه فكان القول قول المحتال:

وعلى مذهب ابن سريج القول قول المحيل اعتباراً بظاهر اللفظ، فإذا تقرر ما ذكرنا من المذهبين، فإذا قيل بمذهب المزني إن القول قول المحتال، لا يخلو حال الحوالة من أن تكون قد قُبِضَت أو لم تُقبض، فإن لم يكن المحتال قبضها لم يجز أن يقبضها من بعد،

ورجع بحقه على المحيل، وهل للمحيل أن يرجع بها على المحال عليه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يرجع عليه بها لأنه بادعاء الحوالة معترف بها للمحتال، فلم يجز أن يرجع بحق قد اعترف به لغيره.

والوجه الثاني: يرجع بها على المحتال عليه، لأن اعترافه بها للمحتال مشروط بسقوط حقه من ذمته فلما لم يسقط من ذمته كان مال الحوالة باقياً على ملكه فيرجع به وإن كان المحتال قد قبض الحوالة، فلا يخلو من أن تكون باقية، أو تالفة، فإن كانت باقية، فهي في الحكم على ملك المحيل، ويقال للمحتال استوف حقك منها، لأن ادعاء المحيل أنه أحاله بها من حقه إذن منه بقبضها من حقه.

وإن كانت تالفة كان تلفها من مال المحيل، وحق المحتال باقٍ في ذمة المحيل، وليس للمحيل أن يرجع بالحوالة على المحال عليه، لأنه دفعها بإذنه.

وإذا قيل بمذهب ابن سريج، إن القول قول المحيل نظر: فإن لم يكن قبض الحوالة فله أن يقبضها الآن، ولا يكون إنكاره لها من قبل بمانع لقبضها من بعد، ويصير كالمبتدىء لها بعد الخلاف.

وإن كان قد قبضها فقد استقرت وبرىء المحيل منها، سواء كانت باقية في يده أو تالفة.

فصل: ويتفرع على ما ذكرنا من اختلاف المزني وابن سريج في هاتين المسألتين فرعان:

أحدهما: أن يقول ضمنت لك مالك على فلان، على أنه بريء منه، فعلى قياس مذهب المزني يصح هذا، وتكون حوالة بلفظ الضمان، لأن الألفاظ مستعارة.

وعلى قياس مذهب ابن سريج يكون ضماناً باطلاً اعتباراً بظاهر اللفظ.

والثاني: أن يقول قد أحلتك على زيد، على أنني ضامن للمال حتى تقبضه، فعلى قياس مذهب المزني يكون هذا ضماناً بلفظ الحوالة، فيصح إذا قبل المحال عليه، لأن الألفاظ مستعارة، وعلى قياس مذهب ابن سريج تكون حوالة فاسدة اعتباراً بظاهر اللفظ، وما اقترن به من فساد الشرط.

مسألة: (قال المزني): «وَلَوْ كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَأَحَالَهُ المَطْلُوبُ بِهَا

عَلَى رَجُلٍ لَهُ عَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهَمٍ ثُمَّ أَحَالَهُ بِهَا الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ عَلَى ثَالِثٍ لَهُ عَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهَمٍ بَرِىءَ الأَوَّلاَنِ وَكَانَتْ لِلطَّالِبِ عَلَى الثَّالِثِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا أُحيل بدينه على رجل، ثم إن المحال عليه أُحاله بذلك على ثالث، وأحاله الثالث على رابع، صح ذلك وجاز لأن الحوالة كالمعاوضة وهكذا لو أُحيل بدينه على رجل، ثم أُحال المحتال بذلك الدين غيره، وأُحال ذلك الغير لثالث، وأُحال الثالث رابعاً جاز أيضاً، فيكون في المسألة الأولى بنقل الحق من ذمة إلى ذمة، والمحتال واحد، وفي هذه المسألة الحق لا ينتقل في ذمة المحال عليه، وإنما ينتقل استحقاقه من محتال إلى محتال، والمحال عليه واحد والله أعلم.

كتاب الضمان

تحريت فيه مذهب الشافعي وقياس قوله: ـ

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ: «قَالَ اللَّهُ جَلَّ ثَنَاؤُهُ ﴿قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ المَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢] وَقَالَ عَزَّ وَجَلَّ ﴿سَلْهُمْ أَيُّهُمْ بِذَلِكَ زَعِيمٌ﴾[القلم: ٤٠] وَرُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ «وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ»[١] وَالزَّعِيمُ فِي اللُّغَةِ هُوَ الكَفِيلُ وَرُوِيَ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الخُدْرِيِّ أَنَّهُ قَالَ كُنَّا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي جِنَازَةٍ فَلَمَّا وُضِعَتْ قَالَ ﷺ «هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ مِنْ دَيْنٍ»؟ فَقَالُوا نَعَمْ دِرْهَمَانِ قَالَ «صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ» فَقَالَ عَلِيٌّ رِضْوَانُ اللَّهِ عَلَيْهِ هُمَا عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَأَنَا لَهُمَا ضَامِنٌ فَقَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَصَلَّى عَلَيْهِ ثُمَّ أَقْبَلَ عَلَى عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَقَالَ «جَزَاكَ اللَّهُ عَنِ الإِسْلَامِ خَيْراً وَفَكَّ رِهَانَكَ كَمَا فَكَكْتَ رِهَانَ أَخِيكَ» (قَالَ المُزَنِيُّ) قُلْتُ أَنَا وَفِي ذَلِكَ دَلِيلٌ أَنَّ الدَّيْنَ الَّذِي كَانَ عَلَى المَيِّتِ لَزِمَ غَيْرَهُ بِأَنْ ضَمِنَهُ وَرَوَى الشَّافِعِيُّ فِي قِسْمِ الصَّدَقَاتِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ «لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِيٍّ إِلَّا لِثَلَاثَةٍ» ذَكَرَ مِنْهَا رَجُلاً تَحَمَّلَ بِحِمَالَةٍ فَحَلَّتِ الصَّدَقَةُ (قُلْتُ أَنَا) فَكَانَتِ الصَّدَقَةُ مُحَرَّمَةً قَبْلَ الحِمَالَةِ فَلَمَّا تَحَمَّلَ لَزِمَهُ الغُرْمُ بِالْحِمَالَةِ فَخَرَجَ مِنْ مَعْنَاهُ الأول إِلَى أَنْ حَلَّتْ لَهُ الصَّدَقَةُ».

قال الماوردي: أما الضمان فهو أخذ الوثائق في الأموال، لأن الوثائق ثلاثة: الشهادة والرهن والضمان.

والدليل على جواز الضمان وصحته الكتاب والسنة، فأما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢] فإن قيل: فالاستدلال بهذه الآية لا يصح من وجوه ثلاثة: ـ

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٥/٢٦٧ وأبو داود (٣٥٨٦) والترمذي ٣/٥٦٥ وابن ماجة ٢/٨٠١ (٢٣٩٨) والهيثمي في الموارد (١١٧٥) وابن الجارود في المنتقى (١٠٢٣) وسعيد بن منصور في السنن (٢٤٧) والبيهقي في الكبرى ٦/٧٢ والدارقطني ٤/٧٠ وعبدالرراق في المصنف (١٦٣٠٨).

أحدهما: أنها حكاية حال مُحَّرفة ونقل قصة غير صحيحة. لأن الصواع لم يفقد والقوم لم يسرقوا.

وإذا كان موضوعاً كذباً كان الاستدلال بها فاسداً.

فالجواب عنه من وجهين أحدهما: أن هذا من قول المنادى، ولم يكن يعلم بما فعل يوسف، فلما فقد الصواع ظن أنهم قد سرقوه فنادى بهذا وهو يعتقد أنه حق وصدق.

والثاني: أن يوسف فعل ذلك عقوبة لإخوته فخرج من باب الكذب إلى حد العقوبة والتأديب، ثم رَغِبَ الناس فيما بذله لهم، بما قد استقرَّ عندهم لزومه ووجوبه ليكون ادعى إلى طلبتهم، وتحقيق القول عليهم زيادة في عقوبتهم.

والسؤال الثاني: أن الآية تناولت ضمان مال مجهول، لأن حمل البعير مجهول وضمان المجهول باطل.

فالجواب عنه من وجهين أحدهما: أن حمل البعير كان عندهم عبارة عن قدر معلوم كالوسق كان موضوعاً لحمل الناقة ثم صار مستعملاً في قدر معلوم.

والثاني: أن الآية دالة على أمرين:

أحدهما: جواز الضمان.

والثاني: صحته في القدر المجهول، فلما خرج بالدليل ضمان المجهول كان الباقي على ما اقتضاه التنزيل.

والسؤال الثالث: أنه ضمان مال الجعالة، وضمان مال الجعالة باطل.

والجواب عنه: أن أصحابنا قد اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة على وجهين:

أحدهما: يجوز ضمانه فعلى هذا سقط السؤال.

والثاني: أنه لا يصح، فعلى هذا لا يمتنع قيام الدليل على فساد ضمان مال الجعالة من التعلق بباقي الآية، وقال تعالى: ﴿سَلْهُمْ أَيُّهُمْ بِذَلِكَ زَعِيمٌ﴾ [القلم: ٤٠] وهذا وإن كان على طريق التحدي فهو دال على جواز الضمان والزعيم الضمين وكذلك الكفيل والحميل والصبير، ومعنى جميعها واحد غير أن العرف جار بأن الضمين مستعمل في الأموال، والحميل في الديات، والكفيل في النفوس، والزعيم في الأمور العظام، والصبير في الجميع، وإن كان الضمان يصح بكل واحد منهما ويلزم.

وأما السنة فروى ابن عباس عن شرحبيل عن أبي أمامة قال سمعت رسول الله ﷺ

يقول: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍ حَقَّهُ فَلاَ وَصِيَّةً لِوَارِثٍ، لاَ تُنْفِقُ الْمَرْأَةُ شَيْئاً مِنْ بَيْتِها إِلاَّ بِإِذْنِ زَوْجِهَا» قِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ وَلاَ الطَّعَامَ قَالَ: «ذَلِكَ أَفْضَلُ أَمْوَالِنَا»، ثُمَّ قَالَ: «الْعَارِيَةُ مَضْمُونَةٌ مُؤَدَّاةٌ، والمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ وَالدَّيْنُ مَقْضِيٌّ وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ».

وروى زائدة عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر قال: توفي رجل منا فغلسناه، ثم كفناه، ثم أتيت النبي ﷺ، ليصلي عليه، فخطا خطوة، ثم قال: أَعَلَيْهِ دَيْنٌ قلنا: دِينَارَانِ، فَانْصَرَفَ فَتَحَمَّلَهَا أَبو قَتَادَةَ، وقال: عَلَيَّ الدِّينَارَانِ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: أَعَلَيْكَ حَقُّ الْغَرِيمِ، وَبَرِىءَ الْمَيِّتِ مِنْهُ، قال: نعم، قَالَ: فصلى عَلَيْهِ، ثُمَّ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ بِيَوْمٍ: مَا فَعَلَ الدِّينَارَانِ؟، قَالَ: إِنَّمَا مَاتَ أَمْس، ثُمَّ عَادَ عَلَيْهِ بِالْغَدِ، فَقَالَ: قَدْ قَضَيْتُهَا قَالَ الآنَ بَرِدَتْ عَلَيْهِ جِلْدَةَ، وروى أبو سعيد الخدري قال: كنا مع النبي ﷺ في جنازة، فلما وُضِعَتْ، قال ﷺ: هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ مِنْ دَيْنٍ قَالُوا: نَعَمْ دِرْهَمَانِ، قَالَ: صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ، فَقَال عَلِيٌّ رَضِيَ الله عنه هُمَا عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَأَنَا لَهُمَا ضَامِنٌ، فَقَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَصَلَّى عَلَيْهِ ثُمَّ أَقْبَلَ عَلَى عليّ فقال: جَزَاكَ اللَّهُ عَنِ الإِسْلامِ خَيْراً، وَفَكَّ رِهَانَكَ كَمَا فَكَكْتَ رِهَانَ أَخِيكَ، وروى عكرمة عن ابن عباس إن رجلاً لزم غريماً له بعشرة دنانير، وحلف لا يفارقه حتى يقضيه، أو يأتيه بحميل، فجرَّه إلى رسول الله ﷺ وقال يا رسول الله إن هذا لزمني فاستنظرته شهراً فأبى حتى آتيه بحميل، أو أقضيه فوالله ما أجد حميلاً وما عندي قضاء، فقال رسول الله ﷺ: هَلْ تَسْتَنْظِرُهَا إِلاَّ شَهراً قال لاَ قَالَ فَأَنَا أَتَحَمَّلُ بِهَا عَنْكَ فَتَحَمَّلْ بِهَا رسول الله ﷺ، فَذَهَبَ الرَّجُلُ فَأَتَاهُ بِقَدْرِ مَا وَعَدَهُ فَقَالَ لَهُ رسول الله ﷺ: مِنْ أَيْنَ لَكَ هَذَا الذَّهَبُ؟ قَالَ مِنْ مَعْدَنٍ قَالَ: أَذْهَبْ فَلاَ حَاجَةَ لَنَا فِيهَا لَيْسَ فِيهَا خَيْرٌ وَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ[1]، وروى عبد الحميد بن أبي أمية عن أنس أن رسول الله ﷺ أتي بجنازة فقال: صلِّ عليها فقال أَلَيْسَ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟ قَالُوا نَعَمْ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَا يَنْفَعُكَ أَنْ أُصَلِّي عَلَى رَجُلٍ وَهُوَ مُرْتَهَنٌ فِي قَبْرِهِ فَلَوْ ضَمِنَ رَجُلٌ دَيْنَهُ قُمْتُ فَصَلَّيْتُ عَلَيْهِ فَإِنَّ صَلاَتِي تَنْفَعُهُ.

وروى ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ كان يؤتى بالرجل المتوفى عليه الدين، فيسأل: هَلْ تَرَكَ قَضَاءً، فَإِنْ حَدَثَ أَنَّهُ تَرَكَ وَفَاءً صَلَّى عَلَيْهِ، وَإِلاَّ قَالَ لِلْمُسْلِمِينَ: صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ، فَلَمَّا فَتَحَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْفُتُوحَ، قَامَ فَقَالَ: أَنَا أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ مَنْ تُوفِّي مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فَتَرَكَ دَيْناً فَعَلَيَّ قَضَاؤُهُ وَمَنْ تَرَكَ مَالاً فَلِوَرَثَتِهِ.

وفي قوله «من ترك ديناً فعليَّ قضاؤه ومن ترك مالاً فلورثته» تأويلان:

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى ٦/٢٧٤.

أحدهما: معناه من ترك ديناً عليه ولا قضاء فعليَّ قضاؤه من مال الصدقات وسهم الغارمين، ومن ترك مالاً لا دين عليه فهو لورثته.

والثاني: معناه: من ترك ديناً له ومالاً فعليَّ اقتضاء الدين واستخراجه ممن هو عليه حتى يصير مع ماله الذي تركه إلى ورثته.

فإن قيل: فلم كان يمتنع من الصلاة على من عليه دين إذا مات معسراً، ولا يمتنع من الصلاة إذا مات موسراً؟ والمعسر في الظاهر معذور، والموسر غير معذور؟، قيل: لأن الموسر يمكن قضاء دينه من تركته والمعسر لا يمكن قضاء دينه، وقد قال نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى، فلما كان مرتهناً بدينه لم تنفعه الصلاة عليه ولاة الدعاء له إلا بعد قضائه، وقيل: بل كان يفعل ذلك زجراً عن أن يتسرع الناس إلى أخذ الديون ليكفوا عنها، وقيل: بل كان يفعل ذلك ليرغب الناس في قضاء دين المعسر فلا يضيع لأحد دين ولا يبقى على معسر دين.

فصل: فإذا ثبت جواز الضمان، بما ذكرناه، فالضمان يتم بأربعة أشياء: بضامن ومضمون له ومضمون عنه ومضمون فيه.

والمغلَّب فيه الضامن لأن الضمان لازم من جهة الضامن دون المضمون عنه، فلا بد أن يكون عارفاً بالحق الذي ضمنه في جنسه وصفته وقدره.

واختلف أصحابنا هل يحتاج الضامن إلى معرفة المضمون له، والمضمون عنه أم لا؟ على ثلاثة مذاهب:

أحدهما: أنه لا يحتاج إلى معرفتهما جميعاً وهو قول أبي العباس بن سريج، لأن علياً وأبا قتادة ضمناً عمن عرفاه ولمن لا يعرفاه مع قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾[يوسف ٧٢:] ومن يجيء به غير معروف.

والمذهب الثاني: أنه لا يصح الضمان إلا بمعرفة المضمون له، والمضمون عنه، وهو: مذهب أبي ابراهيم المزني لأنه لما لزم معرفة الحق، لزم معرفة من عليه وله، ولأنه قد صار معاملاً للمضمون له منفصلاً عن المضمون عنه فاحتاج إلى معرفة المضمون له ليعرف حسن معاملته وإلى معرفة المضمون عنه ليعرف هل هو موضع لما يفعل به.

والمذهب الثالث: أنه يحتاج إلى معرفة المضمون له ولا يحتاج إلى معرفة المضمون عنه وهو قول أبي علي بن أبي هريرة لأن المعاملة منقطعة بينه وبين المضمون عنه فلم يحتج إلى معرفته والمعاملة باقية بينه وبين المضمون له فاحتاج إلى معرفته. ثم لا يخلو حال المضمون من أحد أمرين: إما أن يكون مضمون الأصل أو غير مضمون الأصل، فإذا كان غير

مضمون الأصل كالودائع والشرك والمضاربات فضمانه باطل لأن ضمان أصله غير لازم. وإن كان مضمون الأصل، لم يخل أن يكون حقاً في الذمة أو عيناً قائمة فإن كان حقاً في الذمة صح ضمانه، على ما سنشرحه في استقرار لزومه وإن كان عيناً قائمة كالمغضوب، والعواري، فمذهب الشافعي أن ضمانها باطل إلا أن تتلف فيستقر غرمها في الذمة.

وقال أبو العباس بن سريج ضمان الأعيان جائز كضمان ما في الذمم، لأن كلاهما حق قد لزم وحكاه قولاً للشافعي وهذا غير صحيح لأن العين إذا كانت باقية فالواجب ردها، وذلك مما قد يعجز عنه الضامن، فإن تلفت لزم غرم قيمتها وذلك مما لم يضمنه الضامن مع ما فيها من الجهالة.

فعلى مذهب الشافعي يكون ضمان الأعيان باطلاً ولا يلزم الضامن مطالبة بسببها وعلى مذهب ابن سريج الضمان لها لازم ويؤخذ الضامن بتسليم العين ما كانت باقية فإن تعذر عليه تسليمها صار كالمعسر بالحق يؤخر به إلى حين قدرته فإن تلفت العين فقد خرَّج أبو العباس في ذلك وجهين:

أحدهما: قد بطل كمن كفل بنفس فتلفت وبطلت الكفالة لفوات ما تعلق به الضمان

والوجه الثاني: أن الضمان ينتقل إلى القيمة، لأن القيمة تقوم مقام العين عند تلفها ولا تمنع جهالة قدرها من لزوم ضمانها لأنها تفرعت عن أصل معلوم، وخالفت الكفالة لأن تلف النفس لا ينقلها إلى بدل.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فلا يصح الضمان إلا بلفظ مسموع يخاطب به الضامن، أحد أربعة أنفس، إما أن يخاطب به المضمون له فيقول قد ضمنت لك عن فلان ألف درهم أو يخاطب وكيل المضمون له أو يُقِرُّ به عند الحاكم أو عند شاهد فإن خاطب به من سوى هؤلاء الأربعة لم يكن ذلك شيئاً، وإنما اختص بخطاب أحد هؤلاء الأربعة لأن المضمون له صاحب الوثيقة ومستحق المطالبة، فكان عقد الضمان معه أو كسبه وأما وكيل المضمون له فلأنه يقوم مقامه، وأما الحاكم فلأنه مستوفي الحقوق، والنائب عن الغائب، ولأن علياً وأبا قتادة رضي الله عنهما ضمنا عند رسول الله ﷺ فخاطباه فامضاه، وأما الشاهد فلأنه ممن يحفظ به الحقوق، وإذا كان كذلك، فإن خاطبه المضمون له فتمام الضمان موقوف على المضمون له، وهل يكون مشروطاً بقبوله أو رضاه؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج أن تمام الضمان مشروط بقبول المضمون له في الحال لفظاً، لأن الضمان عقد وثيقة، يفتقر إلى لفظ الضامن بالضمان، فاقتضى أن يفتقر

إلى قبول المرتهن، فعلى هذا إن تراخى القبول لم يصح الضمان كما لا يصح بتراخي القبول في سائر العقود، وقد صرح بهذا القول أبو علي الطبري في إفصاحه.

والوجه الثاني: حكاه ابن أبي هريرة عن بعض شيوخه أن رضا المضمون له شرط في لزوم الضمان، ولا يفتقر إلى القبول باللفظ، لأن الضمان لو كان كسائر كالعقود في أنه مشروط بالقبول، لكان مواجهة المضمون له شرطاً في صحته، فلما جاز أن يضمن له مع غيبته، دل على أن لفظ القبول ليس بشرط ، وقد ضمن علي وأبو قتادة(رضوان الله عليهما) دين الميت مع غيبة صاحبه دل على أنه موقوف على الرضا دون القبول. فعلى هذا إذا رضي المضمون له بالضمان، بقول صريح أو ما يدل على الرضا في مجلس الضمان جاز، وإن تراضيا عن مال الضمان فإن لم يوجد منه الرضا بالضمان حتى فارق المجلس فلا ضمان، وللضامن أن يرجع في ضمانه فلا رجوع للضامن فيه، لأنه قد تم ولزم.

فهذا حكم الضمان إذا خوطب به المضمون له فأما إذا خوطب به وكيل المضمون له، وهو أن يقول الضامن للوكيل قد ضمنت لموكلك فلان ابن فلان ألف درهم عن فلان، فينظر في الوكيل، فإن كان مأذوناً له في أخذ الضمان، تم الضمان بقبول الوكيل على أحد الوجهين، وبرضاه على الوجه الثاني، ولا يكون تمامه موقوفاً على المضمون له، وكذلك في حق المولى عليه بصغر، أو جنون، أو سفه وإن كان الوكيل غير مأذون له في أخذ الضمان، كان تمام الضمان موقوفاً على علم الموكل، ثم على ما يكون من قبوله في أحد الوجهين، أو رضاه في الوجه الثاني.

فهذا حكم الضمان إذا خوطب به وكيل المضمون له، فأما إذا خوطب به الحاكم، وهو أن يقول الضامن للحاكم، قد ضمنت لفلان ابن فلان عن فلان ابن فلان ألف درهم ليرجع عليه.

فإن كان المضمون له مولّى عليه لصغر، أو سفهٍ، أو جنون، أجاز الحاكم ضمانه فإذا أجاز صار تاماً به، وإن كان المضمون رشيداً لا يولى عليه، كان تمامه موقوفاً على علمه، ثم على ما يكون من قبوله أو برضائه، وليس للحاكم أن يجيز الضمان عليه. وإن كان الضمان وثيقة له، لأنه عقد فلا يصح من غيره مع سلامة حالة. فهذا حكم الضمان إذا خوطب به الحاكم، فأما إذا خوطب به شاهد أشهده بالضامن على نفسه بالضمان، فقال: قد ضمنت لفلان عن فلان ألف فأشهد عليَّ أو لم يقل فاشهد عليَّ فتمام هذا الضمان موقوف على الموقوف له إن كان غير مولى عليه، أو على وليه إن كان مولى عليه، وليس للشاهد أن يجيز الضمان على المولى عليه بخلاف الحاكم، لأن الشاهد لا ولاية له والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا ضَمِنَ رَجُلٌ عَنْ رَجُلٍ حَقّاً فَلِلْمَضْمُونِ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَيَّهُمَا شَاءَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال الضمان وثيقة المال لا ينتقل من ذمة المضمون عنه إلا بالأداء وللمضمون له مطالبة كل واحد من الضامن والمضمون عنه، حتى يقضي حقه من أحدهما فيبرئان معاً، وقال ابن أبي ليلى وداود قد انتقل الحق بالضمان من ذمة المضمون عنه، إلى ذمة الضامن كالحوالة.

وقال زفر بن الهذيل الحوالة كالضمان لا ينتقل بها الحق، واستدل ابن أبي ليلى ومن تابعه على أن الحق ينتقل بالضمان كالحوالة بقوله ﷺ «والزعيم غارم» فلما خصه بالغرم اقتضى أن يكون المضمون عنه بريئاً من الغرم وبأن علي بن أبي طالب لما ضمن دين الميت صلى عليه النبي ﷺ، ثم قال لعلي: جزاك الله عن الإسلام خيراً، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك. فكان في هذا الخبر دليلان على براءة المضمون عنه بالضمان: -

أحدهما: أنه ﷺ بعد أن امتنع من الصلاة عليه صلى عليه فدل على براءة ذمته، ولو كان الدين باقياً لكان الامتناع قائماً.

والثاني: قوله: «فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك» فلما أخبر بفك رهانه دل على براءة ذمته، ولأنه لما استحال أن يكون الجسم الواحد في مجلسين استحال أن يكون الدين الواحد ثابتاً في الذمتين.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه قوله ﷺ نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضي فدل على أنه لا يبرأ بالضمان حتى يقضى، ولأن أبا قتادة حثه النبي ﷺ على قضاء ما ضمنه، فلما قضاه، قال له الآن برّدت عليه جلده، فدل على أن الميت لم يبرأ منه إلا بالقضاء. فإن قيل: فقد قال النبي ﷺ لأبي قتادة حين ضمن دين الميت عنه عليك حق الغريم، وبرىء الميت منه.

قيل: إنما أراد برىء من رجوعك عليه، لأن ضمانه كان بغير أمره، ولأن اسم الحوالة والضمان مشتقان من معناهما فالحوالة مشتقة من تحوُّل الحق، والضمان مشتق من ضم ذمة إلى ذمة، فاقتضى أن يكون اختلاف أسمائهما من اختلاف معانيهما موجباً لاختلاف أحكامهما، ولأن الضمان وثيقة في الحق، فلم يجز أن ينتقل به الحق كالرهن. -

فأما الجواب عن قوله «الزعيم غارم» فهو أنه لا يمتنع أن يكون غيره غارماً، وأما صلاته على الميت بعد امتناعه منهما، فلأنه بالضمان صار كمن ترك وفاء، فلذلك صلى عليه، وأما

قوله :«فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك»، فمعنى فك فيما كان مانعاً من الصلاة عليه، وأما ادعاؤهم استحالة ثبوت الدين في ذمتين، فغلط، لأن معنى ثبوت الدين في الذمة إنما هو استحقاق المطالبة به، وليس يمتنع أن يكون الحق الواحد يستحق المطالبة به لشخصين، ألا ترى أن من غصب شيئاً، ثم غصبه منه غاصب آخر، واستهلكه كان للمالك مطالبة كل واحد منهما به، ولم يكن ذلك مستحيلاً، كذلك في الضمان.

فصل: فإذا ثبت أن الضمان لا ينقل الحق، فالمضمون له بالخيار في مطالبة أيهما شاء وقال أبو ثور لا يجوز مطالبة الضامن بالحق إلا بعد عجز المضمون عنه، وقد جعله ابن أبي هريرة قولاً محتملاً وخرجه لنفسه وجهاً، وقال محمد بن جرير الطبري له الخيار في أن يبتدىء بمطالبة أيهما شاء.

فإذا طالب أحدهما لم تكن له مطالبة الآخر بشيء وهذا خطأ، لأن ثبوت الحق في ذمة كل واحد منهما على ما وصفنا يوجب مطالبة كل واحد منهما، وتمنع من إيقاع الحجر عليه مطالبته، فإذا ثبت أنه بالخيار في مطالبة أيهما شاء فحجر عليهما بالفلس أعني الضامن والمضمون عنه، وأراد الحاكم بيع أموالهما في دينهما، فقال: الضامن أبرأ ببيع مال المضمون عنه، فإن وفى بدينه برئت من ضمانه، وإن عجز بيع من مالي بقدرة، وقال المضمون له أريد أن أبيع مال أيكما شئت بديني، قال الشافعي رضي الله عنه في رواية حرملة أن كان الضامن ضمن بأمر المضمون عنه، فالقول قوله، وإن ضمن بغير أمره فالخيار إلى المضمون له في بيع مال أيهما شاء والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ ضَمِنَ بِأَمْرِهِ وَغَرِمَ رَجَعَ بِذَلِكَ عَلَيْهِ وَإِن تَطَوَّعَ بِالضَّمَانِ لَمْ يَرْجِعْ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، وجملته أن من ضمن مالاً عن غيره وأداه عنه لم يخل حاله فيه من أربعة أقسام:

أحدها: أن يضمن عنه بغير أمره ويؤديه بغير أمره.

والثاني: أن يكون الضمان بأمره والأداء بأمره.

والثالث: أن يضمن بغير أمره ويؤديه به بأمره.

والرابع: أن يضمن عنه بأمره ويؤديه بغير أمره.

فأما القسم الأول وهو أن يضمن عنه بغير أمره، ويؤديه بغير أمره فلا رجوع له بما أدى

بحال، وقال مالك: إن قصد به خلاص المضمون عنه لمودةٍ بينهما، أو صرح بالرجوع عند الأداء رجع عليه.

وهذا خطأ لأن علياً، وأبا قتادة لو استحقا الرجوع بما ضمنا لما كان في ضمانهما فك لرهان الميت، ولأنه متطوع بالضمان والأداء، فصار كمن أنفق على رقبة غيره أو علف بهائمه، لم يرجع بما أنفق لتطوعه.

وأما القسم الثاني وهو أن يضمن عنه بأمره ويؤدي عنه بأمره، فله الرجوع لا يختلف. لأن الأمر به في الحالين يخرجه من حكم التطوع.

والقسم الثالث: وهو أن يضمن عنه بغير أمره ويؤديه بأمره، فله في الأمر بالأداء ثلاثة أحوال: حال يقول: أدِّ ما ضمنته، من غير أن يقول: أدِّ عني ذلك فهذا لا رجوع للضامن به لا يختلف. لأن هذا أمرٌ بما كان لازماً له بالضمان. الذي تطوع به.

والحال الثاني: أن يقول. أدِّ عني ما ضمنته لترجع به عليَّ، فله الرجوع بذلك لا يختلف، لأنه قد شرط له الرجوع في أمره بالأداء.

والحال الثالث: أن يقول: أدِّ عني ما ضمنته، ففي رجوعه وجهان:

أحدهما: يرجع به، لأنه أمره بالغرم عنه.

والثاني: لا يرجع به لأن هذا الأمر يحتمل أن يراد به التطوع، ويحتمل أن يراد به الرجوع.

وأما القسم الرابع وهو أن يضمن عنه بأمره ويؤديه بغير أمره فهذا بنظر، فإن أداه بعد المطالبة له والتشديد عليه ومحاكمته فله الرجوع بما أدى، لأنه مستحق عليه بالضمان المأمور به، وإن أداه قبل المطالبة به، ففي رجوعه به وجهان:

أحدهما: لا رجوع له به، لأنه يصير قبل المطالبة متطوعاً بالأداء.

والوجه الثاني: وهو الصحيح وبه قال أبو علي بن أبي هريرة وأكثر أصحابنا له الرجوع، لأن الأداء مستحق بالضمان المأمور به، فصار مؤدياً ما وجب بالأمر، وهكذا حال الوكيل في الشراء إن أذن له الموكل في وزن الثمن عنه، كان له الرجوع به وإن نهاه عن وزن الثمن عنه لم يكن له الرجوع به، وإن لم يأذن له في وزنه، ولم ينهه عنه فإن وزنه عنه بعد المحاكمة والمطالبة فله الرجوع به، وإن وزنه قبل المطالبة ففي الرجوع به وجهان.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا واستحق الضامن الرجوع على ما بيَّنا فله فيما أدَّاه حالتان:

أحداهما: أن يؤدي من جنس ما ضمن.

والثانية: أن يؤدي من غير جنس ما ضمن. فإن كان ما أداه من غير جنس ما ضمنه مثاله أن يضمن عنه ألف درهم فيعطي بالألف عبداً فله أن يرجع بأقل الأمرين من قيمة العبد أو من الألف، فإن كانت قيمة العبد أقل رجع بها لأنه لم يغرم غيرها، وإن كانت قيمة العبد أكثر رجع بالألف لأنه متطوع بالزيادة وإن كان ما أداه من جنس ما ضمنه فله فيه أربعة أحوال حال يؤديه على مثل صفته وقدره وحال يؤديه على مثل صفته ودون قدره، وحال يؤديه على مثل قدره ودون صفته، وحال يؤديه دون قدره ودون صفته..

فأما الحالة الأولى وهو أن يؤديه على مثل قدره وصفته فمثاله أن يضمن عنه ألف درهم بيضاً صحاحاً فيؤدي مثلها ألف درهم بيضاً صحاحاً فله أن يرجع بمثل ذلك **وأما الحالة الثانية** وهو أن يؤديه على مثل صفته ودون قدره، فمثاله أن يضمن عنه ألف درهم بيضاً صحاحاً فيؤدي عنها تسعماية درهم بيضاً صحاحاً فله أن يرجع بتسعماية وهو القدر الذي أداه لأن القدر الذي سومح به هو إبراء وليس للضامن أن يرجع بما أبرىء منه، ثم ينظر في المائة التي سومح بها الضامن فإن كان قد أبرىء منها وحده كانت باقية على المضمون عنه يلزمه أداؤها إذا طولب بها، وإن كان قد أبرأ منها الضامن والمضمون عنه برئا جميعاً منها، **وأما الحالة الثالثة**: وهو أن يؤديه على مثل قدره ودون صفته، فمثاله أن يضمن عنه ألف درهم بيضاً صحاحاً فيؤدي عنها ألف درهم سوداً أو منكسرة فمذهب الشافعي أن له أن يرجع بمثل ما أدى سوداً أو منكسرة وقال أبو العباس بن سريج له أن يرجع بمثل ما ضمن بألف درهم بيضاً صحاحاً لأنه سامح الضامن بها فصار ذلك كهبة له وهذا خطأ، لأنه لو وهب له جميع المال بالإبراء لم يرجع بشيء، فإذا سامح بدون الصفة فأولى ألا يرجع به ولكن لو أن المضمون له قبض المال من الضامن ثم وهبه له بعد قبضه، فهل للضامن أن يرجع بذلك على المضمون عنه أم لا؟ على قولين مخرّجين من اختلاف قولي الشافعي في الزوجة إذا وهبت الصداق بعد قبضه ثم طلقها قبل الدخول هل يرجع عليها بنصف الصداق الذي وهبته أم لا على قولين **وأما الحالة الرابعة** وهو أن يؤديه دون قدره ودون صفته فمثاله. أن يضمن عنه ألف درهم بيضاً صحاحاً فيؤدي عنها تسعماية سوداً أو مكسرة فنقصان القدر لا يرجع به، وأما نقصان الصفة فعلى مذهب الشافعي يرجع بمثل الصفة التي أداها سوداً أو مكسرةً، وعلى مذهب ابن سريج يرجع بها بيضاً صحاحاً.

فصل: إذا ضمن عنه كرَّ حنطة من مسلم فأدى الضامن الكرّ الحنطة فله الرجوع على المضمون عنه بمثله، فلو أن الضامن صالح المضمون عنه على الحنطة على مال أو عوض

جاز إذا تقايضا قبل الافتراق. وإن لم يتقايضاه حتى تفرقا قبل القبض كان على وجهين مضيا في البيوع ولو صالحه عن الكرِّ الحنطة على نصفه في مثل تلك الصفة جاز وكانت حطيطة ولو صالحه على نصف كرٍّ حنطة إلى أجل جاز لأنه حطَّة وأجله أيضاً وله أن يرجع في الأجل، وليس له أن يرجع في الحطيطة ولو ضمن عنه كرَّ حنطة من مسلم ثم إن الضامن صالح المسلم المضمون له على رأس مال لم يجز، ولو صالحه المضمون عنه جاز لأن الصلح على رأس المال إقالة والضامن لا يملك الإقالة والمضمون عنه يملكها ثم يبطل الضمان لأن الحنطة المضمونة قد بطلت بالإقالة ورأس المال المستحق لم يتوجه إليه الضمان فهذا الكلام فيما يرجع به الضامن وما يتفرع عليه فصل آخر.

وأما إذا عجل المضمون عنه إلى الضامن ما ضمنه عنه بأمره قبل أن يؤديه الضامن فإن جعله فيما عجله رسولاً ليدفعه إلى المضمون له جاز وكان أميناً عليه لا يضمنه بالتلف وإن دفعه إليه قضاء من ضمانه ففيه قولان حكاهما ابن سريج.

أحدهما: يجوز كما يجوز تعجيل الزكاة والدين المؤجل.

والقول الثاني: لا يجوز لأن الضامن لا يستحق على المضمون له شيئاً قبل غرمه ولأنه دفع لا يبرأ به لكن يكون ما أخذه مضموناً عليه لأنه أخذه على أن يكون عوضاً في حقه.

ولو كان المضمون عنه عجَّل للضامن بدلاً من الدراهم التي ضمنها عنه عبداً أو عوضاً لم يجز على القولين معاً لأن هذا معاوضة على ما لم يجب وذلك تعجيل ثم يتفرع على ما ذكرنا من القولين في تعجيل القضاء أن يبرىء الضامن المضمون عنه من مال الضمان قبل أدائه عنه فيكون الإبراء مخرَّجاً على هذين القولين إن قيل بجواز تعجيل القضاء صح الإبراء وإن قيل تعجيل القضاء لا يجوز لم يجز الإبراء والله أعلم.

مسألة: **(قال المزني)**: «قُلْتُ أَنَا وَكَذَلِكَ كُلّ ضَامِنٍ فِي دِينٍ وَكَفَالَةٍ بِدَيْنٍ وَأُجْرَةٍ وَمَهْرٍ وَضَمَانِ عُهْدَةٍ وَأَرْشِ جُرْحٍ وَدِيَةِ نَفْسٍ فَإِنْ أَدَّى ذَلِكَ الضَّامِنُ عَنِ المَضْمُونِ عَنْهُ بِأَمْرِهِ رَجَعَ بِهِ عَلَيْهِ وَإِنْ أَدَّاهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ كَانَ مُتَطَوِّعاً لَا يَرْجِعُ بِهِ».

قال الماوردي: وقد ذكرنا أن الأموال ضربان أعيان وفي الذمم ومعنى الكلام في الأعيان وأن ضمانها على مذهب الشافعي لا يجوز وأما ما في الذمم فضربان لازم وغير لازم فأما اللازم فضربان: مستقر وغير مستقر، فأما المستقر كمثل قيم المتلفات وأروش الجنايات وأثمان المقبوض من المبيعات فضمان هذا كله جائز وأما غير المستقر فمثل ثمن المبيع في مدة الخيار فالمذهب جواز ضمانه للزوجة ومن أصحابنا من قال لا يجوز لعدم

استقراره. **فأما** ثمن المبيع قبل القبض والأجرة قبل مضي المدة فالصحيح أنه في حكم المستقر وإن جاز أن يتعقبه الفسخ فصح ضمانه ومن أصحابنا من جعله كالمبيع في مدة الخيار، فهذا حكم ما كان لازماً فأما ما ليس بلازم فضربان:

أحدهما: ما ليس بلازم ولا يفضي إلى اللزوم كمال الكتابة فضمانه لا يصح لأن لزوم الضمان فرع للزوم الدين المضمون.

والضرب الثاني: ما ليس بلازم ولكن قد يفضي إلى اللزوم في ثاني حال كمال الجعالة ففي جواز ضمانه وجهان:

أحدهما: لا يصح ضمانه لعدم لزومه في الحال.

والوجه الثاني: إن ضمانه صحيح لأنه قد يفضي إلى اللزوم في ثاني حال.

فصل: إذا تمهد ما وصفنا في هذا الفصل فالتفريع محمول عليه وقد ذكر المزني سبعة أشياء فقال كل ضامن في دين يعني ضمان الديون المستقرة ثم قال وكفالة بدين يعني أن الضامن لدين مستقر يجوز ضمان ذلك عنه، ثم قال: وأجرة ومهر يعني أجور المستأجرات ومهور الزوجات فإن كان ذلك بعد تقضي مدة الإجارة والدخول بالزوجة جاز ضمانه لاستقراره وإن كان قبل تقضي المدة والدخول بالزوجة كان ذلك كثمن المبيع إذا لم يقبض لما يجوز أن يتعقبه من الفسخ فمن أصحابنا من جعله كالمستقر يجوز ضمانه ومنهم من جعله كغير المستقر كالثمن في مدة الخيار على ما مضى.

ثم قال وضمان عهدة يعني ضمان الدرك في البيع وهو رد الثمن عند استحقاق المبيع وضمان هذا جائز إلا ما حكي عن أبي العباس بن سريج أنه منع منه لأنه ضمان ما لم يجب وهذا خطأ لأن الدار إن لم تستحق فلا ضمان وإن اسْتُحِقَّتْ بأن وجوب رد الثمن وصحة الضمان ولا يلزم ضامن الدرك شيء إلا إذا اسْتُحِقَّتْ فأما إذا رُدّت بعيب أو تقابلا البيع فيها فلا شيء على ضامن الدرك فلو استحق نصفها وفسخ المشتري المبيع في النصف الباقي لتبعيض الصفقة فيها كان له أن يرجع بجميع الثمن على البائع ولم يكن له أن يرجع على ضامن الدرك إلا بنصفه وهو ثمن المستحق دون المردود بالفسخ فأما إن ضمن مع العهدة قيمة ما يحدثه من بناء وغرس لم يجز لأن ذلك ضمان ما لم يجب ولأنه مجهول القدر فأما إن ضمن له أرش ما يظهر عليه من عيب لم يجز للجهالة بقدره وفيه وجه آخر أنه يصح مخرّج من القديم في ضمان نفقة الزوجة، وهو غلط لأن نفقة الزوجة محدودة الأكثر بخلاف أرش

العيب لأنه غير محدود الأكثر وليس ينتهي إلى جميع الثمن وإذا بطل الضمان فيما ذكرنا وكان مشروطاً في عقد البيع ففي بطلان البيع وجهان مخرَّجان من اختلاف قوليه في بطلان البيع باشتراط الرهن الفاسد فيه قال المزني وإرش جرح ودية نفس، وضمان ذلك أن قدر دراهم أو دنانير جائز فأما الإبل ففي جواز ضمانها وجهان، مخرَّجان من اختلاف قوليه في جعل إبل الدية صداقاً، أحدهما ضمانها باطل للجهل بصفتها، والوجه الثاني ضمانها جائز لأن قبيصة قال يا رسول الله إني تحملت بحمالة فأعني[1] فلم ينكر تحمله لها، فدل على صحة ضمانها، ولأنها موصوفة الأسنان.

فصل: فأما ضمان مال السبق والرمي فإن كان بعد استحقاقه جاز فأما قبل استحقاقه فقد اختلف قول الشافعي في عقد السبق والرمي هل يجري مجرى عقد الإجارة فيصح ضمانه. والثاني أنه يجري مجرى عقد الجعالة فيكون في صحة ضمانه وجهان.

فصل: فأما ضمان نفقة الزوجات فضربان:

أحدهما: ضمان نفقة مدة ماضية فضمانها جائز إذا عُرِفَ قدرها لأن وجوب ما مضى مستقر.

والضرب الثاني: ضمان نفقة مدة آتية فإن أطلق المدة ولم يقدرها بزمان معلوم بل قال عليَّ ضمان نفقتك على زوجتك أبداً أو ما بقيت على الزوجة أو ما مكَّنت من نفسك فهذا ضمان باطل للجهالة به وإن قدر المدة وضمن لها نفقة سنة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يضمن لها نفقة معسر ففي صحة الضمان قولان، من اختلاف قوليه في نفقة الزوجة بماذا وجبت؟ فعلى قوله في القديم إنها تجب بالعقد وتستحق قبضها بالتمكين فعلى هذا يصح ضمانها، لأنّه ضمان ما وجب، وعلى قوله في الجديد إنها تجب بالعقد والتمكين، فعلى هذا ضمانها باطل لأنه ضمان ما لم يجب.

الضرب الثاني: أن يضمن لها نفقة موسر، فضمان نفقة القدر الزائد ليساره باطل لأن بقاء اليسار مجهول فصار ضمان ما لم يجب فأما نفقة المعسر فعلى الجديد ضمانها باطل، وعلى القديم على قولين من تفريق الصفقة.

مسألة: **قَالَ المُزَنِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَخَذَ الضَّامِنُ بِالْحَقِّ وَكَانَ ضَمَانُهُ بِأَمْرِ الَّذِي هُوَ عَلَيْهِ فَلَهُ أَخْذُهُ بِخَلَاصِهِ وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ لَم يَكُن لَهُ أَخذُهُ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا ضمن رجل عن رجل مالاً وأراد الضامن أن يأخذ المضمون عنه بخلاصه من الضمان وفكاكه من المطالبة نظر، فإن كان قد ضمن عنه بغير أمره

(١) أخرجه مسلم ٢/ ٧٢٢ كتاب الزكاة (١٠٩ ـ ١٠٤٤).

فليس له مطالبة المضمون عنه بخلاصه لأنه تطوع بالضمان عنه صار كالمتطوع بالغرم عنه، وإن كان قد ضمن عنه بأمره نظر، فإن كان الضامن قد طولب بغرم ما ضمن كان له أن يأخذ المضمون عنه بخلاصة بفكاكه لأنه لما كان له أن يأخذه بالغرم إذا غرم كان له أن يأخذه بالخلاص إذا طولب، وإن كان الضامن لم يطالب بغرم ما ضمنه فهل للضامن أن يأخذ المضمون عنه بخلاصه أم لا؟ على وجهين مخرَّجين من اختلاف القولين في تعجيل القضاء قبل الغرم.

فلو كان المضمون عنه صغيراً أو كان الضامن قد ضمن عنه بإذن أبيه ثم طولب الضامن بالغرم، فإن كان المضمون عنه على صغره لم يبلغ فله أن يأخذ الأب بخلاصه وإن كان قد بلغ فله أن يأخذ المضمون عنه بالخلاص دون الأب، ولو كان غير الأب قد أمره بالضمان عنه فليس للضامن أن يأخذ إلا من أمر بخلاصه سواء كان المضمون عنه على صغره أو قد بلغ، لأنه أمره من لا ولاية له.

فصل: إذا طولب الضامن بأداء ما ضمنه وحبس به فأراد الضامن أن يحبس المضمون عنه قبل أداء المال، وكان ضمانه عنه بأمره ففيه وجهان:

أحدهما: له ذلك لأن له مثل ما عليه.

والوجه الثاني: ليس له ذلك لأنه لم يستحق قبل الغرم مالاً يحبسه به.

فصل: فأما صفة الأمر بالضمان فقد يكون على أحد وجهين إما أن يبتدىء المضمون عنه فيقول للضامن أضمن عني لفلان كذا، فيكون هذا أمراً بالضمان، وأما أن يبتدىء الضامن، فيقول للمضمون عنه أضمن عنك لفلان كذا؟ فيقول: نعم فيكون هذا أمراً بالضمان أيضاً، وقال أبو حنيفة لا يكون هذا أمراً بالضمان ويكون الأول أمراً به وكلا الأمرين عندي سواء بل الثاني أوكد.

فصل: فلو أمره بالضمان عنه بجعل جعله له لم يجزْ، وكان الجعل باطلاً والضمان إن كان بشرط الجعل فاسداً بخلاف ما قاله إسحق بن راهوية لأن الجعل إنما يستحق في مقابلة عمل، وليس الضمان عملاً فلا يستحق به جعلاً.

مسألة: **قَالَ المزَنِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ ضَمِنَ عَنِ الأَوَّلِ بِأَمْرِهِ ضَامِنٌ ثُمَّ ضَمِنَ عَنِ الضَّامِنِ ضَامِنٌ بِأَمْرِهِ فَجَائِزٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا ضمن رجل مالاً عن رجل ثم ضمن عن الضامن

ضامن آخر ما ضمنه عن الأول جاز، وكان الضامن الأول فرعاً للمضمون عنه وأصلاً للضامن الثاني .

فإن قيل أفليس الضمان وثيقة كالرهن، ثم لم يجز أخذ الرهن عن الرهن فهلا منعتم من أخذ ضامن عن ضامن؟

قيل الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: إن الرهن وثيقة وأخذ الرهن على الوثيقة لا يجوز والضمان قد أوجب في الذمة ديناً، وأخذ الضمان في الدين يجوز.

والثاني: إن الرهن عين وأخذ الرهن في الأعيان لا يجوز والمضمون دين في الذمة وضمان ما في الذمة يجوز، ويجوز أن يؤخذ من الضامن رهن بما ضمنه لأنه دين لازم فجاز أخذ الرهن به، فأما الضامن إذا أراد أن يأخذ من المضمون عنه رهناً بما ضمنه عنه فإن كان بعد أداء الضامن الدين جاز لأنه قد أخذه على دين مستحق وإن كان قبل أدائه لم يجز لأنه لم يستوجب حقاً يأخذ عليه رهناً.

فصل: إذا ضمن رجل عن رجل مالاً ثم ضمنه عن الضامن ضامن آخر، فأراد من عليه أصل المال أن يضمن عن الضامنين ما ضمناه عنه لم يجز وكذا لو ضمن عن أحدهما إما عن الأول أو عن الثاني لم يجز وإنما لم يجز لأمرين.

أحدهما: إن الضمان إنما هو إثبات حق في الذمة لم يكن ثابتاً في الذمة والحق هاهنا قد كان قبل الضمان ثابتاً في الذمة، والثاني إن المضمون عنه أصل والضامن فرعه فلم يجز أن يصير الأصل فرعاً لفرعه.

فأما إذا كان على رجل ألف ضمنها ضامن ثم ضمنها أيضاً ضامن آخر، عمن عليه الأصل جاز، وكان كل واحد منهما فرعاً لمن عليه الأصل وليس أحد الضامنين فرعاً لصاحبه فإن أراد من عليه الأصل أن يضمن عن أحد الضامنين ما ضمنه لم يجز لما ذكرنا، ولكن لو أراد أحد الضامنين أن يضمن عن الضامن الآخر ما ضمنه، فمذهب الشافعي وما عليه جمهور أصحابنا أن ضمانه عنه باطل لأنه ضامن لذلك عمن عليه الأصل، فلم يكن في ضمانه إياه عن الضامن فائدة، وقال ابن سريج: يصح ضمانه فيصير ضامن للألف عمن عليه الأصل وعن الضامن أيضاً لأن الضامن قد صار ما ضمنه ديناً في ذمته وليس أحد الضامنين فرعاً لصاحبه، فجاز لكل واحد من الضامنين أن يضمن عن صاحبه ما ضمنه معه ثم إذا أداه كان بالخيار بين أن يرجع به على من عليه الأصل وأن يرجع به على الضامن وهذا خطأ لما ذكرنا مع عدم الفائدة فيه وليس له إذا أداه أن يرجع به إلا على من عليه الأصل والله أعلم.

مسألة: **(قال المزني)**: «فَإِنْ قَبَضَ الطَّالِبُ حَقَّهُ مِنَ الَّذِي عَلَيْهِ أَصْلُ المَالِ أَوْ أَحَالَهُ بِهِ بَرِئُوا جَمِيعاً وَلَوْ قَبَضَهُ مِنَ الضَّامِنِ الأَوَّلِ رَجَعَ بِهِ عَلَى الَّذِي عَلَيْهِ الأَصْلُ وَبَرِىءَ مِنْهُ الضَّامِنُ الآخَرُ وَإِنْ قَبَضَهُ مِنَ الضَّامِنِ الثَّانِي رَجَعَ بِهِ عَلَى الضَّامِنِ الأَوَّلُ وَرَجَعَ بِهِ الأَوَّلُ عَلَى الَّذِي عليهِ الأَصْلُ وَلَوْ كَانَتِ المَسْأَلَةُ بِحَالِهَا فَأَبْرَأَ الطَّالِبُ الضَّامِنَيْنِ جَمِيعاً بَرِئَا وَلاَ يَبْرَأُ الَّذِي عَلَيْهِ الأَصْلُ لأَنَّ الضَّمَانَ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَيْسَ بِحَوَالَةٍ وَلَكِنَّ الْحَقَّ عَلَى أَصْلِهِ وَالضَّامِنُ مَأْخُوذٌ بِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح قد ذكرنا أنه يجوز أن يضمن عن الضامن ضامن ثانٍ، وعن الثاني ثالث، وعن الثالث رابع هكذا أبداً إلى مائة ضامن فأكثر ويكون للمضمون له مطالبة أيهم شاء فإذا ضمن ضامن عن ضامن عن مضمون عنه، فللمضمون له مطالبة أي الثلاثة شاء فإن سقط الحق المضمون فلا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون قد استوفى بالأداء أو سقط بالإبراء فإن استوفاه المضمون له بالأداء فإن أداه المضمون عنه برىء منه وبرىء الضامنان عنه لأن ضمانهما للحق وثيقة فيه، فإذا استوفي الحق ارتفعت الوثيقة كالرهن إذا استوفي ما رهن فيه بطل الرهن، وإن أداه الضامن الأول برىء وبرىء المضمون عنه، وبرىء الضامن الثاني، لأنه حق واحد فإذا أدى سقط، ثم للضامن الأول أن يرجع على المضمون عنه إن ضمن عنه بأمره وإن أداه الضامن الثاني برىء وبرىء الضامن الأول برىء المضمون عنه، ثم للضامن الثاني أن يرجع على الضامن الأول إن كان ضمانه عنه بأمره وللضامن الأول إذا غرم أن يرجع على المضمون عنه إن كان ضمانه عنه بأمره فلو كان الضامن الثاني ضمن عن الأول بغير أمره وضمن الأول عن المضمون عنه بأمره لم يكن لواحد من الضامنين أن يرجع على المضمون عنه بشيء، أما الثاني فلأنه ضمن بغير أمر الأول وأما الأول فلأنه لم يغرم وهكذا لو دفع أحدهم بالحق عوضاً أو أحال به حوالة.

فصل: وأما الإبراء فإن أبرأ المضمون عنه برىء، وبرىء الضامنان، لأن الحق قد سقط فزالت الوثيقة فيه كإبراء الراهن يسقط الرهن، وإن أبرأ الضامن الأول برىء وبرىء الضامن الثاني، لأنه فرع له، ولم يبرأ المضمون عنه لأن براءة الضامن إسقاط للوثيقة، وسقوط الوثيقة لا يبطل الحق كما لو فسخ المرتهن الرهن، ولو أبرأ الضامن الثاني برىء وحده، ولم يبرأ الضامن الأول ولا المضمون عنه.

فصل: فلو كان المال المضمون من ثمن عبد فرده المضمون عنه بعيب برىء، وبرىء الضامنان لو استحق، فلو مات المضمون له فورثه المضمون عنه بطل الضمان لأنه بالإرث قد سقط عنه الحق، وسقوط الحق يبطل الضمان، ولكن لو ورثه الضامن بطل الضمان لأنه لا يجوز أن يكون ضامناً لنفسه إن كان ما على المضمون عنه باقياً بحاله للضامن إرثاً، فلو كان

المال المضمون صداقاً فَفُسخ النكاح بعيب قبل الدخول سقط المهر، وبطل الضمان، فلو طلق الزوج قبل الدخول سقط نصف الصداق وبطل ضمانه ويبقى نصفه وعلى الضامنين ضمانه.

فصل: وإذا أعطى المضمون عنه بالحق عبداً برىء، وبرىء الضامنان، فلو رده المضمون له بعيب عاد حقه على المضمون عنه، ولم يعد إلى ضمان الضامنين، لأن الضمان قد ارتفع بالاستيفاء، فلم يعد إلا باستئناف عقد، ولكن لو بان العبد مستحقاً كان الضمان على حاله لأنه لم يسقط.

مسألة: قَالَ المزني رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «قُلْتُ أَنَا وَلَوْ كَانَ لَـهُ عَلَى رَجُلَيْنِ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ ضَامِنٌ عَنْ صَاحِبِهِ بِأَمرِهِ فَدَفَعَهَا أَحدُهُمَا رَجَعَ بِنُصفِهَا عَلَى صَاحِبِهِ وَإِنْ أَبْرَأَ الطَّالِبُ أَحَدَهُمَا مِنَ الأَلْفِ سَقَطَ عَنْهُ نِصْفُهَا الَّذِي عَلَيْهِ وَبَرِىءَ مِنْ ضَمَانِ نِصْفِهَا الَّذِي عَلَى صَاحِبِهِ وَلَمْ يَبْرَأْ صَاحِبُهَا مِنْ نِصْفِهَا الَّذِي عَلَيْهِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل له على رجلين ألف درهم من بيع أو قرض، وكل واحد منهما ضامن لما على صاحبه بأمره، فلصاحب الحق أن يطالب كل واحد منهما بألف نصفها مما عليه في الأصل ونصفها مما ضمنه عن صاحبه.

وإذا كان كذلك فها هنا فصلان، فصل في الأداء، وفصل في الإبراء، فأما الأداء فإذا كان من أحدهما فلا يخلو من أن يؤدي جميع الألف، أو نصفها، فإن أدى جميع الألف برئا جميعاً، وكان على المؤدي أن يرجع على صاحبه بنصف الألف، فإن أدى نصفها مثل أن يؤدي خمسماية، فلا يخلو حاله في هذا الذي أداه من أربعة أحوال:

أحدها: أن يؤديها مما عليه من الأصل، دون ما ضمنه، فيبرأ مما عليه من الأصل وهو خمسماية ويبرأ صاحبه من ضمانها، ويبقي عليه خمسماية وهي التي ضمنها عن صاحبه فيصير على كل واحد منهما خمسماية.

والحالة الثانية: أن يؤديها مما ضمنه دون ما عليه من الأصل فيبرأ من ضمان الخمسماية التي على صاحبها ويبرأ صاحبه منها ويرجع عليه بها ويبقى عليه خمسماية التي عليه في الأصل، وعلى صاحبه ضمانها.

والحالة الثالثة: أن يؤديها من أصل ما عليه ومن ضمانه فيبرأ من خمسماية نصفها من أصل ما عليه ونصفها من ضمانه وله الرجوع بها ويبقى عليه خمسماية نصفها من أصل ما

عليه ونصفها من ضمانه ويبقى على صاحبه خمسمائة نصفها من أصل ما عليه ونصفها من ضمانه.

والحالة الرابعة: أن يؤديها مطلقة من غير أن ينوي بها أحد المالين ففيها لأصحابنا وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة إنها تكون أداء من المالين نصفين نصفها من أصل ما عليه ونصفها من ضمانه لاستواء الحقين فوجب أن تكون عنهما نصفين.

والوجه الثاني: وبه قال أبو علي الطبري ونص عليه في إفصاحه إنها تكون موقوفة على خياره ليجعلها أداء من أي المالين شاء من أصل ما عليه أو من ضمانه، لأن التعبير إليه قبل الأداء فكان إلى خياره بعد الأداء.

فصل: وأما الإبراء فله حالتان حالة يبرىء أحدهما من جميع الألف، وحالة يبرىء من نصفها، فإن أبرأه من جميع الألف برىء منها كلها، وبرىء صاحبه من خمسمائة التي ضمنها عنه لسقوطها بالإبراء، وبقي خمسمائة من أصل ما عليه لأن إبراء ضامنها لا يكون إبراء لمن عليه أصلها.

وإن أبرأه من خمسمائة لم يخل في هذه الخمسمائة التي أبرأه منها من أربعة أحوال:

أحدها: أن يجعلها إبراء من أصل ما عليه، فيبرأ من خمسمائة من أصل ما عليه ويبرأ صاحبه من ضمانها، ويبقى عليه خمسمائة من ضمانه عن صاحبه.

والحالة الثانية: أن يبرئه مما ضمنه دون ما عليه، من الأصل، فيبقى عليه خمسمائة هي من أصل ما عليه، وعلى صاحبه ألف درهم، منها خمسمائة من أصل ما عليه، وخمسمائة من ضمانه عن صاحبه.

والحالة الثالثة: أن يجعلها إبراء من المالين، نصفها من أصل ما عليه، ونصفها من ضمانه فيبقى عليه خمسمائة منها مئتان وخمسون من أصل ما عليه، ومئتان وخمسون من ضمانه، ويبقى على صاحبه سبعمائة وخمسون، خمسمائة منها من أصل ما عليه، ومئتان وخمسون من ضمانه عن صاحبه، لأنه القدر الباقي عليه بعد الإبراء.

والحالة الرابعة: أن يبرئه من ذلك براءة مطلقة فيكون على ما ذكرنا من الوجهين، أحدهما يكون إبراء من المالين على قول ابن أبي هريرة فيكون على ما مضى، والثاني يكون مردوداً إلى خياره ليجعلها إبراء من أي المالين شاء على قول الطبري فإذا جعلها من أحد المالين جاز على ما مضى.

مسألة: قَالَ المزني: «وَلَوْ أَقَامَ الرَّجُلُ بَيِّنَةً أَنَّهُ بَاعَ مِنْ هَذَا الرَّجُلِ وَمِنْ رَجُلٍ غَائِبٍ عَبْداً وَقَبَضَاهُ مِنْهُ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَكُلّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ ضَامِنٌ لِذَلِكَ عَلَى صَاحِبِهِ بِأَمْرِهِ قَضَى عَلَيْهِ وَعَلَى الْغَائِبِ بِذَلِكَ وَغَرِمَ الحَاضِرُ جَمِيعَ الثَّمَنِ وَرَجَعَ بِالنِّصْفِ عَلَى الْغَائِبِ (قَالَ المُزَنِيُّ) قُلْتُ أَنَا وَهَذَا مِمَّا يُجَامِعُنَا عَلَيْهِ مِنْ أَنْكَرَ القَضَاءَ عَلَى غَائِبٍ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل ادعى على رجل حاضر، إنه باع عليه وعلى رجل غائب عبداً بألف درهم، وأقبضها إياه، وإن كل واحد منهما ضامن ما على صاحبه بأمره، فصار له على هذا الحاضر بشرائه وضمانه ألف درهم، فلا يخلو حال الحاضر المدعي عليه من أحد أمرين إما أن يقر، أو ينكر، فإن أقر بالدعوى لزمه دفع الألف إلى المدعي، فإذا قدم الغائب فلا رجوع له عليه بشيء إلا أن يقر بمثل ما أقر لأن إقراره لازم له وليس بلازم لغيره وإن أنكر وكان للمدعي بينة سمعت عليه وقضي بها، فإن ذكرت البينة في شهادتها الغائب باسمه ونسبه قضي على الحاضر بألف درهم من شرائه وضمانه، فإن لم تذكر الغائب باسمه، سمعت على الحاضر بالشراء، وهل تسمع عليه بالضمان أم لا؟ على وجهين من اختلافهم في معرفة المضمون عنه هل يكون شرطاً في صحة الضمان أم لا؟ فإن قيل إن معرفته شرط في صحة الضمان عنه لم تسمع البينة على الحاضر بالضمان وقضى عليه بخمسماية لشرائه دون ضمانه.

وإن قيل إن معرفته ليست بشرط، سمعت عليه، وقضى عليه بالألف لشرائه وضمانه فإذا قضينا بالألف كلها بالبينة المسموعة عليه، ثم قدم الغائب فأراد الحاضر أن يرجع عليه بالخمسماية التي قامت بها البينة، فإن اعترف له الضامن بذلك رجع عليه وإن أنكر نظر في الحاضر، حين أنكر، فإن كان أنكر الشراء أو الضمان وأكذب الدعوى، لم يكن له أن يرجع على الغائب بشيء، لأنه مكذّب لبينته، معترف بأن المأخوذ منه ظلم وإن لم يكن أنكر الشراء والضمان ولا أكذب البينة وإنما دفع الدعوى بأن المدعي لا يستحق المطالبة بها، فله أن يرجع على الغائب بما دفع عنه، وتكون البيِّنة حجة عليه للمدعي بألف، وحجة له على الغائب بخمسماية.

فأما المزني فإنه لما رأى أبا حنيفة يوافق على هذا مع امتناعه من القضاء على الغائب جعل ذلك منه قضاء على الغائب.

فاختلف أصحابنا فكان أبو علي بن أبي هريرة وطائفة يذهبون إلى قول المزني إنه قضاء على الغائب وإن مذهب أبي حنيفة به منكسر، لأن فيها إلزام الشراء للغائب ليلزم الحاضر ضمانه.

وكانت طائفة أخرى من أصحابنا تمنع أن يكون هذا قضاء على الغائب والله أعلم بالصواب لأن ما قضي على الغائب أحلف المدعي مع بينته والمدعي هاهنا لا يحلف فلم يكن ذلك قضاء على الغائب والله أعلم.

مسألة: قَالَ المزني: «وَلَوْ ضَمِنَ عَنْ رَجُلٍ بِأَمْرِهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ عَلَيْهِ لِرَجُلٍ فَدَفَعَهَا بِمَحْضَرِهِ ثُمَّ أَنْكَرَ الطَّالِبُ أَنْ يَكُونَ قَبضَ شَيْئاً حَلَفَ وَبَرِيءَ وَقَضَى عَلَى الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ بِدَفْعِ الأَلْفِ إِلَى الطَّالِبِ وَيَدْفَعُ أَلْفاً إِلَى الضَّامِنِ لأَنَّهُ دَفَعَهَا بِأَمْرِهِ وَصَارَتْ لَهُ دَيْناً عَلَيْهِ فَلاَ يُذْهِبُ حَقَّهُ ظُلْمُ الطَّالِبِ لَهُ وَلَوْ أَنَّ الطَّالِبَ طَلَبَ الضَّامِنَ فَقَالَ لَمْ تَدْفَعْ إِلَيَّ شَيْئاً قُضِيَ عَلَيْهِ بِدَفْعِهَا ثَانِيَةً وَلَمْ يَرْجِعْ عَلَى الآمِرِ إِلاَّ بِالأَلْفِ الَّتِي ضَمِنَهَا عَنْهُ لأَنَّهُ يُقِرُّ أَنَّ الثَّانِيَةَ ظُلْمٌ مِنَ الطَّالِبِ لَهُ فَلاَ يَرْجِعُ عَلَى غَيْرِ مَنْ ظَلَمَهُ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل ضمن عن رجل ألفاً بأمره ودفعها إلى المضمون له وأنكرها فلا يخلو حال الضامن في دفعه الألف إلى الطالب من أحد أمرين إما أن يشهد عليه بدفعها إليه أو لا يشهد عليه، فإن أشهد عليه بدفعها إليه فلا يخلو حال من أشهده عليه ليكون بيِّنة عند إنكاره من أربعة أحوال:

أحدها: أن تكون بيِّنة كاملة العدد كاملة الصفة.

والثاني: أن تكون ناقصة العدد ناقصة الصفة.

والثالث: أن تكون كاملة العدد ناقصة الصفة.

والرابع: أن تكون ناقصة العدد كاملة الصفة.

فإن أشهد بيِّنة كاملة العدد كاملة الصفة، مثل أن يشهد شاهدين عدلين أو شاهد وامرأتين فله الرجوع بالألف سواء بقي الشهود على حالهم أو ماتوا، أو فسقوا، لأن حدوث الموت والفسق ممّا لا يمكن الاحتراز منه، وهل يراعى فيمن أشهده العدالة الظاهرة كشهود النكاح، أو تراعى فيهم العدالة الظاهرة والباطنة كشهود القاضي إذا أراد إنفاذ الحكم بشهادتهم.

على وجهين: أحدهما إنه تراعى فيهم العدالة الظاهرة كالنكاح، لأن العدالة الباطنة يتعزز الوصول إليها.

والوجه الثاني: إن المراعي فيمن يشهد العدالة الباطنة كشهود الحاكم لأن المقصود بها إثبات الشهادة عند الحاكم.

فعلى هذا إن شهد عدلين في الظاهر فاسقين في الباطن لم يرجع، فكان مفـرِّطاً، وإن كان من أشهده ناقص العدد ناقص الصفة مثل أن يشهد شاهداً واحداً. عبداً أو فاسقاً فهـذا كمن لـم يشهد، لأن المقصود بالشهادة إثبات الحق بها عند التنازع، وهذه شهادة لا يثبت بهـا حق، فكان وجودها كعدمها، وإن كان من أشهـد، كامـل العدد نـاقص الصفة مثـل أن يشهد شاهدين عبدين أو فاسقين فليست هذه بيِّنة، وهي كمن لـم يشهد، لأن الحق لا يثبت بها عند التنازع، فلو أُعتق العبدان أو عُدل الفاسقـان بعد إشهـادهما فـإن ثبت الحق بشهادتهمـا رجع بـه، وإن لـم يثبت كموتهمـا قبل أداء الشهـادة فـلا رجـوع بـه لـه لتفـريـطه في الابتـداء حين أشهدهما. وإن كان من أشهده ناقص العدد كامل الصفة مثل أن يشهد شاهـداً واحداً عـدلاً، فإن اقتصر على إشهاده ولـم يرد أن يحلف معه، فليست هذه بيِّنـة ويكون حكمـه حكم من لم يشهد، وإن اقتصر على إشهاده ليحلف معه فعلى وجهين: ـ

أحدهما: أنها بيِّنة، وله الرجوع لأن الشاهد واليمين بيِّنة كالشاهدين.

والوجه الثـاني: أنه يكـون مفرطـاً بمثابـة من لـم يشهد، لأن من الحكـام من لا يحكم بالشاهد واليمين إذا ثبت ما وصفنا وأشهد من لا يكون مفرطاً بإشهـاده على ما بيَّنـا، فلا يخلو أن يثبت بهم البينـة على المنكر للقبض أم لا، فـإن ثبتت البينة عليـه بشهادتهم، حكم عليـه باستيفاء حقه، وبرىء منه الضامن والمضمون عنه، وكان للضامن أن يرجع بمـا أداه، وإن لم تقم البينـة لموتهم أو حـدوث فسقهم أو بُعْدِ غيبتهم، فـالقول قـول المضمون لـه المنكر مـع يمينـه، إنه لـم يقبض حقـه من الضامن، ثم هـو على حقه من مـطالبـة من شـاء من الضـامن والمضمون عنه، فإن رجع على المضمون عنه فأخذ حقه منه بـرىء الضامن والمضمـون عنه معـاً، وكان للضـامن أن يرجـع على المضمون عنـه بما أداه لأنـه لم يكن منه تفـريط فيصيـر المضمون عنه غارماً لألفين ألفاً منها أداء إلى المضمون له، وألفاً غرمها للضامن بأدائها عنه، وإن رجع المضمون له حين حلف على الضامن كـان للضامن أن يـرجع على المضمـون عنه بالألف الأولى دون الثانية، لأنه بالثانية مظلوم فلا يرجـع بها على غيـر من ظلمه، فهـذا حكم الضامن إذا أشهد فيما دفع والله أعلم.

فصل: فأما إذا لم يشهد الضامن فيما دفع على المضمون له فلا يخلو حاله حين دفعهـا من أن يكون المضمون عنه حاضراً عند دفعها أو غائباً، فإن كان المضمون عنه غائبـاً لم يكن للضامن أن يرجع عليه بشيء، سواء صدّقـه أو كَذّبـه لأنه إن كـذبه لم يقبـل قولـه عليه، وإن صدقه فقد فرَّط حين لم يشهد عليه ويكـون المضمون لـه إذا حلف على حقه من مـطالبة من شاء من الضامن أو المضمون عنه فإن طالب المضمون عنه وأغرمه برىء وبرىء الضـامن معه ولم يكن للضامن أن يرجع بما كان دفع لأنه مفرِّط بـدفعه حين لم يشهـد، وإن أغرم الضـامن

بريء ويبرىء المضمون عنه وهل للضامن أن يرجع على المضمون عنه بشيء أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يرجع بشيء لأن الألف الأولى لم يقع بها الإبراء والألف الثانية هو مظلوم بها.

والوجه الثاني: له الرجوع بأحد الألفين لأنه قد أسقطها من ذمة المضمون عنه بالأداء فعلى هذا بأي الألفين يرجع؟ على وجهين: أحدهما يرجع بالألف الأولى لأن الإبراء في الباطن كان بها، والثاني يرجع بالألف الثانية لأن المطالبة سقطت بها.

فأما إذا كان المضمون عنه حاضراً عند دفعها إلى المضمون له فمذهب الشافعي أن للضامن أن يرجع على المضمون عنه بما أداه بمحضره، لأن الاستيثاق بالإشهاد إذا حضر المضمون عنه إليه، دون الضامن، فلما لم يشهد صار هو التارك بحقه من الوثيقة دون الضامن، ثم للمضمون له إذا حلف أن يرجع بحقه على من شاء من المضمون عنه أو الضامن، فإن رجع به على المضمون عنه فأخذ منه ألفاً كان للضامن أن يرجع عليه فيغرمه ألفاً، وإن رجع على الضامن فأغرمه ألفاً ثانية كان للضامن أن يرجع بالألف الأولى دون الثانية، ومن أصحابنا من قال إن حضور المضمون عنه الدفع لا يسقط عن الضامن حق الوثيقة بالإشهاد، لأنه أمره أن يدفع دفعاً مبرئاً، فصار ذلك مقروناً بالإشهاد فعلى هذا يكون الحكم فيه كما لو لم يحضر المضمون عنه الدفع فإن رجع المضمون له على المضمون عنه لم يرجع الضامن عليه بشيء وإن رجع على الضامن فهل للضامن أن يرجع بإحدى الألفين أم لا؟ على ما ذكرنا من الوجهين والله أعلم.

مسألة: قَالَ المزنِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ ضَمِنَ لِرَجُلٍ مَا قَضَى بِهِ لَهُ عَلَى آخَرٍ أَوْ مَا شَهِدَ بِهِ فُلَانٌ عَلَيْهِ (قَال الشافعي) لَا يَجُوزُ هَذَا وَهَذِهِ مُخَاطَرَةٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لا يصح ضمان المال حتى يكون واجباً معلوماً، ولا يصح ضمان ما لم يجب ولا ما كان مجهولاً ولا الإبراء منه وقال أبو حنيفة يصح ضمان المجهول، والإبراء منه والهبة له استدلالاً بأن ضمان الدرك لما جاز اتفاقاً مع جهالته في استحقاق كل المبيع أو بعضه دل على جواز ضمان المجهول به حجاجاً وكذلك ما لم يجب.

ودليلنا أن كل جهالة تبطل بها الأثمان، فإنه يبطل بها الضمان، قياساً على جهالة الجنسين، ولأن كل ما لم يثبت في الذمة بجهالة جنسه لم يثبت فيها لجهالة قدره كالأثمان، ولأن الضمان وثيقة فلم يجب إلا في معلوم، كالرهن ولأنه ضمان مال مجهول فوجب أن

يكون باطلاً، قياساً عليه إذا قال ضمنت بعض مالك على فلان، فأما الدرك فهو ضمان واجب معلوم، لأنه يوجب ضمان الحق والحق معلوم، وإنما يختلف ما يستحق في الثاني من كل المبيع أو بعضه.

فصل: فأما إذا قال قد ضمنت لك ما تداين به فلاناً، أو ما تبايع به فلاناً من درهم إلى مائة ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز تخريجاً من تجويزه ضمان نفقة الزوجات على قول في القديم لما في ذلك من الرفق بالناس.

والوجه الثاني: وهو أصح إنه ضمان باطل، لأنه ضمان ما لم يجب ولا يصح تخريجه من ضمان نفقة الزوجات لأنه في القديم كان يرى وجوبها بالعقد فصار ضمان ما قد وجب، وهذا ضمان ما لم يجب.

فصل: فأما إذا قال هذا وكيلي وعليَّ ضمان كل ما تعطيه أو تبايعه، صح ولزمه ضمان كل ما قامت به البيّنة في مبايعته وعطائه، وليس لزوم هذا من جهة الضمان فيبطل بالجهالة لكن لما جعله وكيله صارت يده كيده فلو ادعى المضمون له من المبايعة والعطاء ما اعترف به الوكيل وأنكره الموكل الضامن ولم يقم له بينة ففيه وجهان،

أحدهما: لا يصدق في دعواه حتى تقوم له بينة.

والوجه الثاني: يقبل قول وكيله عليه لأنه أمين عليه قد أقامه مقام نفسه.

وأما إذا قال له: أقرض زيداً ألف درهم وعليَّ ضمانها ففيه وجهان،

أحدهما: باطل لأنه ضمان ما لم يجب بعد.

والوجه الثاني: إنه جائز لأنه ضمان مقترن بالقرض فصح اجتماعهما.

فصل: فأما إذا قبض رجل ألف درهم من دين له على رجل، فضمن ضامن نقصها في الوزن، أو في الصفة، صح وجرى هذا مجرى ضمان الدرك، وخرج من باب ضمان المجهول وما لم يجب.

وإذا صح أن ضمان ذلك جائز، فلا يخلو حال الضمان من أربعة أحوال،

أحدها: أن يضمن له نقص الوزن فعليه ضمانه فلو ادعى القابض أنها نقصت عليه مائة درهم، فإن صدقه الدافع والضامن، كان بالخيار في الرجوع على من شاء من الدافع أو الضامن، وإن كذباه جميعاً كان قوله مقبولاً على الدافع مع يمينه، لأن الأصل بقاء دينه ما لم يقر بقبضه، فإذا حلف استحق الرجوع عليه بالنقص وهل يقبل قوله على الضامن حتى

يستحق الرجوع عليه بالنقص أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يقبل عليه مع يمينه كما قبل قوله على الدافع، ويكون بالخيار في الرجوع بالنقص على أيهما شاء.

والوجه الثاني: وهو أصح، أن قوله على الضامن غير مقبول، وليس له أن يرجع عليه بالنقص إلا أن يصدقه، والفرق بينه وبين الدافع هو أن الدين كان ثابتاً في ذمة الدافع ولم يكن ثابتاً في ذمة الضامن فلذلك قبل قوله على الدافع، ولم يقبل قوله على الضامن.

فعلى الوجه الأول إذا رجع القابض على الضامن بالنقص فليس للضامن أن يرجع على الدافع، وإن كان ضمانه بأمره لأنه بإكذاب القابض مقراً بأنه مظلوم بها، فلم يكن له أن يرجع بها على غير من ظلمه.

ولكن إن أكذبه الدافع وصدقه الضامن كان له أن يرجع على كل واحد منهما، لأن قوله على الدافع مقبول والضامن قد صدقه، فإن رجع على الضامن لم يكن للضامن أن يرجع على الدافع أيضاً، لإنكار الدافع والفرق بين أن يقبل قول القابض على الدافع ولا يقبل عليه قول الضامن، أنه بريء الذمة في حق الضامن، فلم يقبل قوله عليه، ومرتهن الذمة بحق القابض فَقُبِلَ قوله عليه، فهذا إذا ضمن له نقص الوزن.

والحال الثانية: أن يضمن له نقص الصّفة وهو أن يُبدل له منها ما كان ردياً فيها فإذا رَدَّ منها شيئاً ذكر أنه كان فيها فإن صدقه الدافع والضامن كان بالخيار في أن يبدلها ممن شاء من الدافع والضامن فإن أراد أن يأخذ بدلها من الدافع كان للدافع أن يمتنع من دفع البدل إلا بعد استرجاع الردّ المبدل وإن أراد أخذ بدلها من الضامن لم يكن للضامن أن يمتنع من دفع البدل ليسترجع الرد المبدل لأنه لا يملكه والدافع يملكه، وقيل للضامن لك أن تفسخ القضاء في القدر المردود وتدفع إليه بوزنه جيداً ويكون الردّ مع القابض ليتولى رده على الدافع.

فإن قبض الضامن الرديء كان مضموناً عليه لأنه قبض مال غيره من غير إذنٍ، وصار بقبضه متعدياً إلا أن يأذن له الدافع في استرجاعه إذناً صريحاً فلا يضمن.

فلو أحضر القابض ردياً زعم أنها كانت في الدراهم فكذّبه الدافع والضامن معاً فإن كان ردها عيباً لا يخرجها من جنس الدراهم كالعتق والصفة الجنسية لم يقبل قول القابض على واحد منهما وإن كان ردها يخرجها من جنس الدراهم كالزائفة والصفر المطلي فقول القابض مقبول على الدافع كما لو ادعى نقص الوزن، وهل يقبل على الضامن أم لا؟ على ما

ذكرنا من الوجهين والفرق بينهما أن المعيب إذا كان من جنس الفضّة جاز أن يكـون قبضاً من الفضة فصار بقبضه مستوفياً فلم يقبل قوله في ادعاء الرد، لأنه يصير مبتدئاً لإثبـات حق وليس كذلك إذا كان المعيب من غير جنس الفضة لأنه يجـوز أن يكون قبضـاً من الفضة فكـان حقه ثابتاً لا يسقط بقبضه، فلم يصر بادعاء الرد مبتدئاً بإثبات حق فهذا فرق بينهما.

ولو صدقه الضامن وكذبه الدافع، كان له أن يرجع ببدلها على الضامن وللضامن هـاهنا أن يمتنع من دفع المبدل إلا باسترجاع الـرَدّ بخلاف مـا ذكرنـا إذا صدقـه، لأن الضامن مـع تكذيب الدافع لا يقدر أن يرجع عليه بالبدل، فكان له استرجـاع الرد ليتـوصل بهـا إلى بعض حقه فهذا الحكم فيه إذا ضمن نقص الصفة.

والحالة الثالثة: أن يضمن له نقص الوزن، ونقص الصفة، فيصير ضـامناً لهمـا ويكون الحكم فيه كما لو ضمن كل واحد منهما على انفراده، فيجتمع الحكمان على ما ذكرناه.

والحالة الرابعة: أن يضمن له نقص الدراهم من غيـر أن يذكـر نقص الوزن، أو نقص الصفـة، فيكون ضـامنـاً لنقص الـوزن لا يختلف، وهـل يضمن نقص الصفـة؟ على وجهين حكاهما ابن سريج.

أحدهما: يضمن لإطلاق النقص على الأمرين.

والوجه الثاني: لا يضمن لأن عُرف الناس في مثله خارج عن نقص الوزن دون الصفة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ ضَمِنَ دَيْنَ مَيِّتٍ بَعْدَ مَا يَعْرِفُهُ وَيَعْـرِفُ لِمَنْ هُوَ فَالضَّمَانُ لاَزِمٌ تَرَكَ المَيِّتُ شَيْئاً أَوْ لَمْ يَتْرُكْهُ».

قـال الماوردي: وهـذا كما قـال إذا كان على الميت دين لم يسقط بمـوته سـواء مـات موسراً أو معسراً، ويصح ضمانه عنه بعد موته سـواء ترك وفـاء أو لم يترك وقـال أبو حنيفـة إذا مات معسراً سقط عنه دينه ولم يصح ضمانه عنه استـدلالاً بأن الحقـوق تثبت في أحد محلين إما في ذمة أو عين والميت لا ذمة له فيثبت الدين فيها والمعسـر ليس له عين مـال يتعلق الحق بها فثبت إن دين الميت إذا كان معسراً ساقط لعدم محل يتعلق به ودليلنا عليه من وجهين:

أحدهما: أن دين الميت لا يسقط بإعساره.

والثـاني: جواز ضمـان دينه مـع إعسـاره، فـأمـا الـدليـل على أن دين الميت لا يسقط بإعساره قـوله ﷺ «نَفْسُ الْمُـؤْمِنِ مُعَلَّقَة بِـدَيْنِهِ حَتَّى يُقْضى عَنْهُ» فكان على عمـومه ولأن من أخذت ديونه من ماله لم تسقط عنه بإعساره كالحي، ولأن من لزمه الدين إذا كان حياً لزمه إذا كان ميتاً كـالموسـر، ولأن موت المعسـر مؤثر في تـأخير الحق، فلم يمنـع من ثبوتـه كإعسـار الحي، لأن براءة المضمون عنه براءة للضامن، ثم ثبت أن رجلاً لـو ضمن عن رجل مـالاً ثم

مات المضمون عنه معسراً لم يبرأ الضامن، فدل على أن الحق لازم. . للمضمون عنه لم يسقط عنه بموته معسراً.

وأما الدليل على أن ضمان دين الميت جائز مع إعساره فما روينا عن علي وأبي قتادة أنهما ضمنا دين ميتين امتنع رسول الله ﷺ من الصلاة على جنائزهما لأنهما لم يتركا وفاء، ولو تركا وفاء لم يمتنع من الصلاة عليهما بل قد كان الذي ضمن عليٌّ رضي الله عنه. رجل من أهل الصُّفَة فلو كان الدين يسقط عنه بالموت لم يمتنع من الصلاة عليه، ولأخبر بإبطال الضمان عنهما ولأن كل من صح ضمان دينه مع يساره صح ضمان دينه مع إعساره كالحي، ولأن كل من صح ضمان دينه إذا كان حياً صح ضمان دينه إذا كان ميتاً، كالموسر، ولأن كل ما لم يكن شرطاً في ضمان الدين عن الحي لم يكن شرطاً في ضمان الدين عن الميت، أصله وجود عين المال المضمون، لمَّا لم يكن شرطاً لم يكن اليسار به شرطاً.

فأما الجواب عن استدلالهم بأنه لم يبق لدين الميت المعسر محل، فهو أنه استدلال يدفع إجماع لأنهم أجمعوا أن الميت يلقى الله تعالى يوم يلقاه بوجوب الدين عليه ويستحق صاحب الدين يوم القيامة عوضاً به، ولو كان قد سقط لما استحق ذلك عليه، وإذا كان الإجماع على هذا حاصلاً كان ما استدل به فاسداً.

فصل: لا يخلو حال الدين المضمون من أحد أمرين، إما أن يكون حالاً أو مؤجلاً، فإن كان حالاً جاز أن يضمنه الضامن حالاً، وجاز أن يضمنه مؤجلاً فلا يستحق مطالبة الضامن إلا عند حلول الأجل الذي ضمنه إليه لأنه لم يدخل في الضمان إلا باشتراط الأجل ويطالب به المضمون عنه حالاً وهذا بخلاف الحوالة التي لا يجوز أن تقع مؤجلة في حال، ولا حالَّة في مؤجل لأن الحوالة توجب تحول الحق على مثل صفته، والضمان وثيقة بالحق على ما عقد به.

وإن كان الدين مؤجلاً جاز أن يضمنه الضامن إلى أجله وجاز أن يضمنه حالاً، ولا يجبر الضامن على التعجيل وإن كان مشروطاً في ضمانه وقال أبو العباس بن سريج يؤخذ الضامن بتعجيل ما ضمنه لأجل شرطه وهذا غلط لأن حال الضامن أضعف من حال المضمون عنه فلما لم يلزم المضمون عنه تعجيل الدين المؤجل إن ألزمه نفسه فالضامن أولى ألا يلزمه، وإذا كان كذلك قيل للضامن الأولى لك أن تعجل ما ضمنت. لتفي بشرطك، فإذا أبيت إلا الأجل المستحق لم تجبر عليه، ويكون اشتراطك التعجيل زيادة تطوع منك لا تلزمك إلا بالقبض.

فلو أطلق الضامن تعجيل ما ضمنه أو تأجيله لزمه الضمان على صفة الدين في الحلول

والأجل، فإن كان الدين حالاً لزمه ضمانه حالاً وإن كان مؤجلاً لزمه ضمانه مؤجلاً. فلو كان الدين مؤجلاً فضمنه إلى أجله أو أطلق فلزمه الضمان إلى أجله ثم مات من عليه الأجل حلّ دينه بموته، لأن الديون المؤجلة تحل بالموت عند كافة الفقهاء إلا طاووس والزهري لما نذكره في موضعه.

وإذا حلّ الدين على المضمون عنه بموته كان على الضامن إلى أجله لا يحل عليه بحلوله على المضمون عنه، وللمضمون له مطالبة الضامن عند حلول أجله ومطالبة ورثة المضمون عنه حالاً من تركته فلو مات الضامن حلّ ما عليه وكان للمضمون له أن يتعجل أخذه من تركته وهو على المضمون عنه إلى أجله فلو تعجل المضمون له ذلك من تركته الضامن، لم يكن لورثته أن يرجعوا به على المضمون عنه إلا عند حلول الأجل، لأن إذنه في الضمان إنما كان على شرط ألا يرجع به إلا عند حلول الأجل.

فصل: لا يخلو حال الآجال التي انعقد الضمان إليها من ثلاثة أقسام:

أحدها: ما تعين وقتها ولم يختلف، كشهور الأهلة والسنين الهلالية فالضمان إليها جائز، وكذلك تأجيل الأثمان إليها.

والقسم الثاني: ما عرفت جملتها ولم يتعيَّن وقتها، كالنيروز والمهرجان وَفُصْحُ النصارى فتأجيل الأثمان إليه لا يجوز.

وفي جواز تأجيل الضمان إليه قولان، حكاهما ابن سريج.

والقسم الثالث: ما جهل وقتها ولم يعرف جملتها كمجيء المطر وهجوم البرد وخروج الحاج وقدوم الغزاة، فلا يصح أن يكون هذا كله أجلاً في الأثمان ولا في الضمان، فإن شُرِطَ في الأثمان بطل العقد وإن شُرِطَ في الضمان ففي بطلانه قولان مبنيان على اختلاف قوليه في الضمان إذا شُرِط فيه خيار الثلاث بطل الخيار وفي بطلان الضمان قولان.

وأما الأجل إلى الحصاد والديَّاس والجزاز فضربان:

أحدهما: أن يراد به فعل الآدميين له فباطل لا يجوز أن يكون أجلاً في الأثمان ولا في الضمان، كالعطاء وخروج الحاج.

والضرب الثاني: أن يراد زمانه الذي يصلح فيه قال أبو العباس فهذا من القسم الذي عُرِفَتْ جملته ولم يتعين وقته ولا يصح تأجيل الأثمان إليه وفي جواز تأجيل الضمان إليه قولان والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا تَجُوزُ كَفَالَةُ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ بِالتِّجَارَةِ لأَنَّ هَذَا اسْتِهْلَاكٌ».

قال الماوردي: اعلم أن ضمان العبد والضمان عنه ينقسم إلى خمسة فصول، فالفصل الأول وهو مسألة الكتاب أن يضمن العبد عن رجل أجنبي مالاً لرجل أجنبي، فلا يخلو حال العبد من أن يكون مأذوناً له في التجارة أو غير مأذون له في التجارة.

فإن كان غير مأذون له فلا يخلو ضمانه من أن يكون بإذن سيده أو بغير إذنه فإن ضمن بإذن سيده صح ضمانه، وكان في ذمته يؤديه بعد عتقه ـ وقال أبو علي الطبري في إفصاحه إن ضمانه إذا كان عن إذن السيد في كسبه كما لو أذن له السيد في التزويج كان المهر والنفقة في كسبه وهذا غير صحيح لأن إذن السيد له بالضمان إنما هو إذن بالمعاملة فصار كما لو أذن له بالمبايعة، ثم لو ابتاع العبد مالاً بإذن سيده كان الثمن في ذمته دون كسبه، وإن كان عن إذن سيده فكذا الضمان وليس كذلك إذنه بالتزويج، لأنه استمتاع لا يحصل له إلا بالمهر والنفقة فيتعلق ذلك بالكسب.

وإن كان ضمان العبد بغير إذن سيده ففي ضمانه وجهان:

أحدهما: هو محكي عن ابن سريج وأبي سعيد الأصطخري أن ضمانه باطل لأن الضمان عقد فبطل بغير إذن السيد كالبيع.

والوجه الثاني: وهو قول ابن أبي هريرة أن ضمانه صحيح، ويتعلق الضمان بذمته يؤديه بعد عتقه وجهاً واحداً لأن إذن السيد يعتبر فيما يلحقه ضرر فيه، وما تعلق بذمته من الضمان لا يدخل على السيد فيه ضرر فجاز.

فصل: وإذا كان العبد مأذوناً له في التجارة فلا يخلو أن يضمن في ذمته أو في مال التجارة فإن ضمن في ذمته كان على ما مضى إن كان بإذن السيد صح، وإن كان بغير إذنه فعلى وجهين:

وإن ضمن في مال التجارة فلا يخلو أن يكون بإذن السيد أو بغير إذنه فإن كان بغير إذنه فضمانه باطل لا يختلف، لأن ما بيده مرصد للربح والزيادة وهذا استهلاك.

وإن ضمن في مال التجارة بإذن سيده فلا يخلو أن يكون عليه دين فيما بيده أو لا دين عليه فإن لم يكن عليه دين صح ضمانه، ويؤدي ما بيده فيه فإن وَفَّى بضمانه، وإلا كان الباقي منه في المستقبل من كسبه، فإن لم يكتسب حتى عتق أداه بعد عتقه.

فإن قيل فالحر إن ضمن مالاً عيَّنه بيده ما حكمه؟ قلنا يكون الضمان باطلاً لأن الضمان

من شرط صحته أن يكون ثابتاً في محل يؤمن تلفه والفرق بينه وبين العبد أن التعيين فيما بيد العبد إنما يصرف إلى الأداء دون الضمان، لأن الضمان متعلق بذمته فصح والتعيين في الحر انصرف إلى الضمان فبطل. وإن كان على العبد دين فيما بيده من مال التجارة فهل يصير العبد محجوراً عليه في المال الذي بيده لأجل ديونه أم لا؟ على قولين: حكاهما ابن سريج.

أحدهما: لا حجر عليه فيما بيده إلا لسيده لكون ذلك على ملكه وهو في حق من سوى السيد كالحر يجوز تصرفه ما لم يحجر عليه بالفلس فعلى هذا يصح ضمانه ولو كان السيد أذن له في هبة المال صحت هبته، لأن إذن السيد يدفع حجره وليس عليه لمن سواه حجر.

والقول الثاني: أن العبد محجور عليه فيما بيده بدين غرمائه كما كان محجوراً عليه في حق سيده لأن العبد يعامل بما في يده لضعف ذمته، بخلاف الحجر وليس له أن يفعل ما يدخل الضرر على غرمائه، بهبة ولا غيرها، وإن كان عن إذن سيده فعلى هذا في ضمانه وجهان.

أحدهما: باطل لأنه صرفه إلى جهة لم يثبت فيها.

والوجه الثاني: أن ضمانه جائز لأن الضمان لا يتعين في المال وإنما يتعين فيه الأداء فعلى هذا فيه وجهان.

أحدهما: أنه يكون فيما اكتسبه بعد الضمان، وفيما فضل بعد ذلك من المال الذي كان بيده قبل الضمان.

والوجه الثاني: أنه يكون في ذمته يؤديه بعد عتقه.

فصل: والفصل الثاني هو أن يضمن العبد مالاً عن سيده لأجنبي، فيصح ضمانه إذا كان بأمر سيده لأن العبد قد يلزمه دينه كالحر، فصار ضمانه عن سيده كضمان غيره وليس للسيد أن يجبر عبده على الضمان عنه لأن الضمان عقد لا يصح مع الإجبار فإذا أدى العبد عن سيده مال ضمانه في حال رقه لم يستحق على سيده الرجوع به، لأن ما بيد العبد ملك لسيده فلم يصح أن يجب له في ذمة سيده مال، وإن أداه عن السيد بعد عتقه ففي رجوعه بذلك على سيده وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس له الرجوع على سيده بما أدى عنه بعد عتقه، لأنه أداه في حال يصح أن يثبت له في ذمة سيده دين.

والوجه الثاني: قاله أبو حامد المروزي في جامعه لا رجوع له بذلك على سيده لأنه قد

كان ضمنه عنه في حال لا يثبت لـه حق في ذمة سيـده، فاعتبـر أبو حـامد حـال الضمان وأبـو العباس حال الأداء.

فصل: والفصل الثالث هو أن يضمن العبد مالاً لسيده عن أجنبي، فمذهب الشافعي أن ضمانه باطل لأن السيد لا يثبت له على عبـده مال وقـال أبو العبـاس ضمانـه لسيده جـائز لأن السيد إنما لا يصح أن يثبت له في رقبة عبده مال، لأنه يملك الـرقبة، ويصـح أن يثبت له في ذمته مال لأنه لا يملك الذمة ثم لا يكون للسيد أن يطالب عبده بالضمان إلا بعد عتقه فإن كان أبو العباس يقول في مبايعة السيد لعبـده مثل مـا يقول في الضمـان، فقد جـرى على القياس وكان لقوله وجه وإن كان يمنع من مبايعته، فقـد ناقض وفسـد مذهبـه، ولست أعرف عنـه في البيع نصاً إلا ما حُكِيَ عنه، من تجويزه بيع السيد عبده على نفسه، فيصير العبد بابتياع نفسـه حراً، ويؤدي عن نفسه بعد عتقه، ومنع غيره من أصحابنا من بيع السيد عبـده على نفسه كمـا لا يجوز أن يبيع عليـه غير نفسـه فيحتمل أن يكـون أبو العبـاس ترك القيـاس وتخيَّر الأمـرين ويحتمل أن يفرق بينهما بأن بيع نفسه عليـه مُفْضِي إلى عتقه فجـاز، وبيع غيـر نفسه عليـه لا يفضي إلى عتقه فلم يجز لفقد مزية العتق.

فصل: والفصل الرابع وهو أن يضمن السيد عن عبـده مالاً لأجنبي فيجـوز ضمانـه عنه لأن العبد قد يلزمه الدين كما لزم الحر والعبد لا يلزمه دين عبده فجاز أن يلتزمـه بضمانـه فإن أداه السيد عن عبده قبل عتقه لم يرجع به عليه وإن أداه بعد عتقه فعلى وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس يرجع به اعتباراً بحال الأداء.

والثاني: وهو قول أبي حامد لا يرجع عليه اعتباراً بوقت الضمان.

فصل: والفصل الخامس أن يضمن السيد لعبـده مالاً على أجنبي فـلا يخلو حال العبـد من أحد أمرين إمـا أن يكون عليـه دين من تجارة، مـأذوناً فيهـا أم لا، فإن لـم يكن عليـه دين فالضمان باطل، لأن مال العبد لسيده فصار ضمان السيد لعبده كضمانه لنفسه فبطل.

وإن كان على العبد دين ففي ضمـان السيد لـه وجهان، من اختـلاف قوليـه في غرمـاء العبد هل يستحقون حجراً عليـه بديـونهم أم لا فإن قيـل لا حجر لهم عليـه فضمان السيـد له باطل وإن قيل لهم حجرٌ عليه فضمان السيد له جائز.

فإن قضى العبد دينه برىء السيد من ضمانه إلا أن يقضيه العبد بعد عتقه فلا يبرأ السيد من ضمانه وعليه أداء ذلك إلى العبد بعد عتقه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكَذَلِكَ ضَمَانُ الْمُدَبَّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال المدبر وأم الولد في عقديهما كالعبد لاشتراكهما في الرق فضمانهما والضمان عنهما على ما ذكرنا من العبد في ضمانه والضمان عنه، فأما ضمان المكَاتِب فضربان:

أحدهما: أن يضمن في ذمته فضمانه جائز بإذن السيد وبغير إذنه لأن المكاتب أملك لذمته من العبد.

والثاني: أن يضمن فيما بيده فإن كان بغير إذن سيده. فضمانه باطل وإن كان بإذنه فعلى قولين أحدهما أنه جائز كالعبد، والثاني لا يجوز لأن حق السيد في مال المكاتب لأجل كتابته فلم يكن إذنه في غير الكتابة مؤثراً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ ضَمِنَ عَنْ مُكَاتِبٍ أَوْ مَالاً فِي يَدَيْ وَصِيٍّ أَوْ مُقَارِضٍ وضمن ذَلِكَ أَحَدٌ مِنْهُمْ عَنْ نَفْسِهِ فَالضَّمَانُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ بَاطِلٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح قد ذكرنا أن الضمان لا يصح إلا لِمَا كان مضموناً في الذمة فأما ما على المكاتب من مال الكتابة فلا يصح ضمانه لأنه ليس بلازم للمكاتب لأن له تعجيز نفسه وإسقاط مال الكتابة فإذا كان الأصل غير لازم فضمانه أولى أن يكون غير لازم، وكذا الأموال التي في يد من لا يضمنها كمال الشرك والمضاربة والوديعة وما في يد الأوصياء والأمناء لا يصح ضمانه لأنه غير مضمون على الذي هو في يده إلا أن يضمنوه بالاستهلاك فيستقر ضمان بدله في ذممهم فيجوز حينئذ ضمانه عنهم.

فأما الأعيان المضمونة كالمغصوب والعواري فيصح ضمان بدلها بعد استهلاكها فأما ضمان أعيانها مع بقائها فلا يصح على مذهب الشافعي وجوَّزه ابن سريج وقد تقدم الكلام معه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَضَمَانُ الْمَرْأَةِ كَالرَّجُلِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لأن الضمان عقد وثيقة فيصح من المرأة كالرهن ولأنه يوجب ثبوت مال في الذمة كالبيع ويجوز ضمان المرأة بإذن زوجها وبغير إذنه، وأن تضمن المرأة لزوجها والزوج لامرأته والأب لابنه والابن لأبيه كما يصح بين الأجنبيين والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يَجُوزُ ضَمَانُ مَنْ لَمْ يَبْلُغْ وَلاَ مَجْنُون وَلاَ مُبَرْسَم يَهْذِي وَلاَ مُغْمَى عَلَيْهِ وَلاَ أَخْرَسَ لاَ يَعْقِلُ وَإِنْ كَانَ يَعْقِلُ الإِشَارَةَ وَالْكِتَابَ فَضَمِنَ لَزِمَهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: ضمان الصبي والمجنون لا يصح لارتفاع القلم عنهما وكذلك المبرسم والمغمى عليه لا يصح ضمانهما لزوال عقلهما فإن قيل فلم قال المزني ولا مبرسم يهذي؟؟ أيكون الهذيان شرط في بطلان ضمانه؟ قلنا لا اعتبار بالهذيان فمتى كان المبرسم ذابل العقل بطل ضمانه وسائر عقوده سواء كان يهذي أم لا، ولأصحابنا عن قوله يهذي جوابان أحدهما: أنها زيادة ذكرها المزني لغواً والجواب الثاني أن لها فائدة، وذلك أن المبرسم يهذي في أول برسامه مع قوة جنسه فإذا تطاول به أضعف جسمه فلم يهذ، فأبطل ضمانه (في الحال التي يهذي فيها لينبه على بطلان ضمانه) في الحالة التي هي أغلظ منها وهي الحالة التي لا يهذي فيها. فأما الأخرس فإن كان لا يعقل الإشارة بطل ضمانه وسائر عقوده، وإن كان يعقل الإشارة والكتابة فضمن بكتابته وإشارته (صح وكذلك سائر عقوده وإن ضمن بإشارته دون كتابته) صح ضمانه لأن بالإشارة أقيمت فيه مقام نطقه. وإن.. ضمن بكتابته دون إشارته لم يصح ضمانه لأن مجرد الكتابة لم يقم فيه مقام النطق لاحتمالها حتى تنضم إليه الإشارة فيزول إليه احتمالها والله أعلم.

فصل: فأما المريض فضمانه معتبر من ثلث ماله لأنه تطوع، فإن كان عليه دين يحيط بتركته بطل ضمانه وإن لم يكن عليه دين وكان قدر ضمانه خارجاً من ثلثه صح ضمانه وإن كان بعض ما ضمنه خارجاً من ثلثه صح من ضمانه قدر ما احتمله الثلث، وبطل منه ما لم يحتمله الثلث، فلو ضمن مالاً في مرضه ثم أقرَّ بعد ضمانه بدين يحيط بتركته فإن الدين الذي أقرَّ به أحق بما نزل من الضمان لأن الدين واجب والضمان تطوع، ولا يؤثر تأخير الإقرار بالدين لأنه واجب تقدم الإقرار أو تأخر، فلو ضمن مالاً للورثة بطل الضمان وإن احتمله الثلث لأن ضمانه وصية لا تصح لوارث فلو ضمن في مرضه مالاً وأداه في مرضه ومات ولا مال له سواه فللورثة أن يرجعوا بجميع المال إن كان المضمون له وارثاً وبثلثيه إن كان المضمون له أجنبياً.

فصل: فأما المحجور عليه بالسفه فضمانه باطل لبطلان عقوده وأما المحجور عليه بالفلس فضمانه صحيح على القولين معاً ولا يشارك الضمون له الغرماء لأن ما استحقه بالضمان مستحدث بعد الحجر ويكون مال الضمان فيما يستفيده بعد فك الحجر.

فصل: فأما السكران فإن كان سكره من غير معصية فضمانه باطل كالمغمى عليه وإن كان سكره عن معصية فضمانه جائز كطلاقه ويجيء تخريج قول آخر من القديم إن ضمانه باطل إذا قيل على القديم إن طلاقه غير واقع والله أعلم.

مسألة: قَالَ المزني: «وَضَعَّفَ الشَّافِعِيُّ كَفَالَةَ الوَجْهِ فِي مَوْضِعٍ وَأَجَازَهَا فِي مَوْضِعٍ آخَرَ إِلَّا فِي الْحُدُودِ».

قال الماوردي: ولما مضى ضمان الأموال عقبه المزني بكفالة الأبدان فإذا تكفل رجل بنفس رجل ولم يكن على المكفول مطالبة بحق فالكفالة باطلة وإن كان عليه ما يستحق المطالبة به فقد نص الشافعي في ثلاثة كتب على جوازها نص عليه في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى وفي كتاب الإقرار والمواهب.

وفي كتاب الدعوى والبينات بعد أن نص على جوازها غير أن الكفالة بالنفس ضعيفة وقال في موضع آخر ولا يكفل رجل في حد ولا لعان فاختلف أصحابنا في مذهب الشافعي رحمه الله.

لاختلاف ما حكينا عنه فكان أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة وأبو حامد المروزي يقولون الكفالة في الحدود باطلة وفي الأموال على قولين:

أحدهما: جائزة وهو مذهب أبي حنيفة ومالك والفقهاء السبعة بالمدينة ودليل جوازها قوله تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقاً مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ﴾ [يوسف: ٦٦] والموثق الكفيل فامتنع يعقوب من إرسال ولده مع إخوته إلا بكفيل يكفل به وروي أن العباس بن عبد المطلب تكفل بأبي سفيان بن حرب عام الفتح لرسول الله ﷺ وروي أن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه أخذ من عبد الله بن عمر كفيلاً بنفسه حين توقف عن بيعته.

فكفلت به أُم كلثوم بنت علي لأنها كانت زوجة عمر وقيل بل كفلت به أخته حفصة وروي إن رجلاً جاء إلى عبد الله بن مسعود فقال إني مررت بعبد الله بن نواحة وهو يؤذن فسمعته يقول أشهد أن مسيلمة رسول الله فكذَّبت سمعي ووقفت حتى سمعت أهل المسجد يضجون به فبعث ابن مسعود إلى ابن النواحة فدعاه وأصحابه فقال ما صنعت بالقرآن الذي كنت تتلوه قال كنت أتقيكم به فأمر بضرب عنقه واستشار الصحابة في أصحابه فقالوا يستتابون، ويكفلون، فاستتابهم فتابوا، وكفَّلهم عن عشائرهم فدل على أن إجماع الصحابة منعقد بجواز الكفالة.

ولأنه لما جاز ضمان ما في الذمة جاز ضمان ذي الذمة، إذ لا فرق بين ضمان الحق وبين ضمان من عليه الحق، ولأن الكفالة كالإجارة ولأن كل واحد منهما عقد على عين، لاستيفاء الحق منها فلما جازت الإجارة وجب أن تجوز الكفالة ولأن ضمان الأموال إنما كان

لما فيه من الرفق والتوسعة فكذا كفالة النفوس لما فيها من الرفق والتوسعة وهو أن يرتفق المكفول به في الإطلاق ليسهل عليه طلب الحق ويستوثق المكفول له فيسهل عليه التماس من عليه الحق.

والقول الثاني: إن كفالة النفوس باطلة، ودليل بطلانها قوله تعالى: ﴿قَالَ مَعَاذَ اللَّهِ أَنْ نَأْخُذَ إِلَّا مَن وَجَدْنَا مَتَاعَنَا عِنْدَهُ﴾ [يوسف: ٧٨] فكان قوله معاذ الله إنكاراً للكفالة أن تجوز حين سأله إخوته أن يأخذ أحدهم كفيلاً ممن وجد متاعه عنده ولأن ما لا يضمن باليد لا يضمن بالعقد، كالميتة والخمر ولأنه عقد ضمان لا يستحق على الضامن المطالبة بمقتضاه فوجب أن يكون باطلاً كضمان القصاص.

ولأن من لم يصح أخذه بمقصود العقد لم يصح منه ذلك العقد، كبيع الصبي والمجنون ولأنه ضمان عين في الذمة، فوجب ألاّ يصح كالمُسلَّم في الأعيان ولأنها كفالة لا تصح بغير إذن المكفول به فوجب ألا تصح بإذنه، أصله إذا كفل بالشهود ليحضرهم للأداء ولأن المكفول به لا يجب عليه تسليم نفسه وإنما يجب عليه الخروج من الحق وحبسه إن حبس ليخرج من الحق فلأن لا يجب على الكفيل تسليم المكفول به أولى. لأن ما لا يلزم المضمون عنه فأولى ألاّ يلزم الضامن ولأنه إن استحق إحضاره مجلس الحكم فهو على الحاكم أوجب، فإن عجز عنه الحاكم فالكفيل عنه أعجز فهذا توجيه القولين وهي طريقة من ذكرنا من أصحابنا.

وكان أبو العباس بن سريج وطائفة من متقدمي أصحابنا يقولون الكفالة بالنفوس جائزة في الأموال، قولاً واحداً وفي الحدود على قولين،

أحدهما: جائزة كالأموال.

والثاني: باطلة، لأن الحدود تُدْرأ بالشبهات فلا معنى للتوثق فيها بالكفالات وسواء في الحدود ما كان من حقوق الأدميين كالقذف والقصاص أو ما كان لله كالخمر والزنا وتأولوا قول الشافعي غير أنها ضعيفة يعني غير أن القياس فيها ضعيف لكن لما اقترن به السنة والأثر وجب المصير إليه لا إن ذلك قول ثان في إبطالها، كما قال في النائم قاعداً لو صِرْنا إلى النظر توضأ بأي حالاته كان، فأسقط النظر للخبر فلم يدل ذلك على اختلاف قوله فيه وكما قال في القديم آذان الصبح قبل الوقت وليس ذلك بقياس لكن اتبعنا رسول الله ﷺ وأما قوله ولا يكفل رجل في حد ولا لعان فمن أبطل الكفالة في الحدود حمل ذلك على ظاهره ومن جوَّزها في الحدود على أحد القولين تأول ذلك على إبطال الكفالة بنفس الحد واللعان لا بنفس من وجب عليه الحد واللعان.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا وقلنا بجواز الكفالة على الصحيح من المذهب فصحتها معتبرة بثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون عارفاً بالمكفول به كما يلزمه معرفة المال المضمون، ليعلم من يستحق عليه بالكفالة المطالبة به وهل يلزم أن يكون عارفاً بالمكفول له على وجهين كالمضمون له.

والشرط الثاني: أن يكون على المكفول به حق يستحق مطالبته به وهل يلزم أن يكون عارفاً بحقه؟؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج أنه لا تصح الكفالة إلا بعد معرفة الكفيل بقدر ما على المكفول به من الدين لأن من مذهبه أن موت المكفول به يوجب على الكفيل غرم الدين.

والثاني: وهو مذهب الشافعي أن معرفة الكفيل بقدر الدين لا تلزم وإن جهالته به لا تضر لأن من مذهبه أن موت المكفول به لا يوجب على الكفيل غرم الدين.

والشرط الثالث: أن تكون الكفالة عن أمر المكفول به، وإذنه، فإن كفل من غير إذنه لم تصح وقال أبو العباس بن سريج تصح الكفالة بغير أمر المكفول به كما يصح الضمان بغير أمر المضمون عنه وهذا خطأ والفرق بين الكفالة والضمان أن الضمان يوجب غرم مال يمكن استيفاؤه من الضامن دون المضمون عنه والكفالة توجب تسليم نفس وذلك لا يمكن إلا بتمكين المكفول به.

فعلى مذهب أبي العباس تصح الكفالة بالصبي والمجنون لأنهما قد تلزمهما حقوق الأموال فصحت الكفالة بهما، وعلى الظاهر من مذهب الشافعي أن الكفالة بالصبي والمجنون لا تصح لأن أمرهما لا يتعلق به حكم، فلو أمره الابن بالكفالة لم يصح لأن الأمر للأب سؤال وطلب لا يتعلق به حكم.

فصل: فإذا تقرر أنه يعتبر في صحة الكفالة ما ذكرنا من الشروط، انتقل الكلام إلى بيان اللفظ الذي تنعقد به الكفالة وذلك أن تقول كفلت لك بنفس فلان وهذا عرف أهل العراق أو تقول كفلت لك بوجه فلان وهذا عرف أهل الحجاز وفي معنى الأول أن تقول كفلت بروح فلان وفي معنى الثاني أن تقول كفلت لك برأس فلان فتصح الكفالة بهذا كله.

وهكذا لو قال كفلت لك بجسم فلان، أو ببدن فلان صحت الكفالة فأما إذا ذكر في الكفالة عضو من أعضائه، فإن كان العضو ما يعبر به عن الجملة لقوله (كفلت لك بعين فلان

صحت الكفالة كما لو قال كفلت لك بوجه فلان، فإن كان العضو مما لا يعبر به عن الجملة ينظر، فإن كان لا يحيى بفقده مثل الكبد والفؤاد، فإذا قال كفلت لك بكبد فلان أو فؤاد فلان صحت الكفالة وجرى مجرى قوله بنفس فلان، وإن كان العضو مما يحيى مع فقده كاليد والرجل، فإذا قال كفلت لك بيد فلان أو برجل فلان ففيه وجهان حكاهما ابن سريج أحدهما يصح كالطلاق والعتق، والثاني لا يصح لأنه قد يفقد ذلك العضو الذي عُيِّنَ في الكفالة ولا يؤثر في الحق. فأما إذا قال كفلت لك بنصف فلان أو بثلث فلان أو بجزء منه صحت الكفالة لأن الجزء الشائع فيه لا ينفصل منه فكان أقوى في الحكم من أعضائه.

فصل: فإذا صح ما ذكرنا من بيان لفظ الكفالة فلا فرق في صحة الكفالة بين أن يكون المكفول به حاضراً أو غائباً ولا فرق بين أن يكون مطلقاً أو محبوساً لأن تعسر إحضاره بالحبس والغيبة جارٍ مجرى إعسار الضامن بالمال ثم ثبت أن إعسار الضامن بالمال الذي ضمنه لا يمنع من صحة ضمانه فكذا تعذر إحضار المكفول به لا يمنع من صحة الكفالة ثم لا يخلو حال الكفالة من أحد أمرين.

إما أن تكون مقيدة بزمان ومكان أو مطلقة، فإن كانت مطلقة استحق مطالبة الكفيل عاجلاً في المكان الذي تكفل فيه، وإن كانت مقيدة بزمان ومكان فتقييدها بالزمان أن تقول على أنني أُسلمه إليك بعد شهر، فلا يستحق مطالبته قبل مضي الشهر وتقييدها بالمكان أن تقول على أنني أُسلمه إليك بالبصرة، أو في مجلس الحكم فلا يستحق مطالبته به في غير ذلك الموضع، فإن سلمه الكفيل قبل الشهر فإن كان الحق الذي عليه مؤجلاً لا يحل قبل الشهر أو كانت له بينة غائبة لا تحضر قبل شهر لم يبرأ بتسليمه إلا عند رأس الشهر وإن كان دينه حالاً وبينته حاضرة برىء بتسليمه في الحال لأنه لا يستفيد بتأخيره شيئاً، وهكذا لو كفل به على أن يسلمه بالبصرة فسلمه في غيرها فإن كان يخاف عليه في الموضع الذي سلمه من يَدٍ غالبة أو كانت له بينة بالبصرة وفي حمله إلى البصرة مؤونة، لم يبرأ بتسليمه إلاَّ بالبصرة وإن كان المكان آمناً والبينة حاضرة واستيفاء الحق ممكناً برىء بتسليمه، لأنه لا يستفيد بحمله إلى البصرة شيئاً فلو كفل به إلى وقت فمضى الوقت ولم يأت به فإن كان المكفول به حاضراً مقدوراً عليه حبس الكفيل حتى يأتي به. وإن كان غائباً غير مقدور عليه فهو في حكم المعسر يجب إنظاره حتى يقدر عليه ولا يجوز حبسه كما لا يجوز حبس من أعسر بالدين حتى يوسر، فلو سلم المكفول به نفسه برىءَ الكفيل من كفالته فإن أبى المكفول له أن يقبله أشهد المكفول به الدافع لنفسه إنه قد سلَّم نفسه في كفالة فلان وبرىءَ الكفيل منها وهكذا لو أحضره الكفيل فأبى المكفول له أن يقبله أشهد الكفيل على تسليمه فأبرأه الحاكم، فإن تعذر فعدلٌ من المسلمين فإن أبرأ نفسه من الكفالة برىءَ.

فصل: فلو مات المكفول به فمذهب الشافعي وأبي حنيفة رضي الله عنهما أنـه لا شيء على الكفيل وقال مـالك وأبـو العباس قـد وجب على الكفيل مـا على المكفول بـه من الحق وهكذا يقولان إذا تطاولت غيبته ولـم يعرف موضعه، لأن المقصود بالكفالـة التوثيق في الـدين المستحق فلو كان موت المكفول به لا يوجب على الكفيل غرماً لبطلت فائدة الكفالة.

وهذا خطأ لأن الحق لم يضمنه والمكفول به قد مات فليس يقدر عليه ولو جـاز إذا كفل بالنفس أن يضمن المال لجاز إذا ضمن المال أن يصيـر كفيلاً ولكن كـل واحد منهمـا يختص بحكمه فلماذا ثبت أن لا شيء على الكفيل نظرنا فإن لم يلزم إحضار الميت إلى مجلس الحكم فقد بطلت الكفالة بموته وإن لزم إحضاره مجلس الحكم لأن عليه بينة تشهد على عينه ولا تعرف ولا تعرف اسمه ولا نسبه فلا بأس بإحضار الميت مجلس الحكم أو يحضر الحاكم إلى موضـع الميت يسمع البينة على عينه فعلى هذا يكون في الكفالة وجهان:

أحدهما: باقية لا تبطل بالموت ويؤخذ الكفيل بإحضار الميت.

والوجه الثاني: قد بطلت الكفالة بالموت لأن الميت مقدور عليـه لإقامـة الشهادة عليـه فلم يحتج إلى الكفل.

فصل: فلو مات الكفيل فعلى مذهب الشافعي إن الكفالة قد بطلت ولا يستحق مطالبـة الوارث بشيء ويجيء على مذهب ابن سريج أن لا تبطل الكفالة لأنها على مذهبه قـد تُفْضِي إلى مال يتعلق بالتركة لكن لم أجد نصاً فيه، ولكن لو مـات المكفول لـه كانت الكفـالة على حالها لا تبطل على قول الجماعة ويقوم وارثه مقامه في المطالبة بالمكفول به.

فلو كان المكفول له حين مات خلف ورثه وغرمـاء فَوَصى بـإخراج ثلثـه إلى وصي فإن كان المستحق على المكفول به لا تعلق له بالمال كان المستحق للكفالـة الوارث وحـده دون الغرماء وأهل الوصايا وإن كان مالاً لم يبرأ الكفيل إلا بتسليم المكفول به إلى الورثة والغـرماء والوصي وكذا المال المضمون فإن سلَّمه إلى الورثة دون الغرماء والوصي أو إلى الغرماء دون الـورثة والـوصي أو إلى الوصي دون الـورثة لم يبـرأ من الكفالـة ولكن لو سلمـه إلى الـورثـة والغرماء وأهل الوصايا دون الوصي ففي براءته وجهان حكاهما ابن سريج، **أحدهما** يبرأ لأنه سلمه إلى مستحقه وإنما الوصي نائب ووسيط.

والوجه الثاني: لا يبرأ حتى يكـون الوصي في جملة من تسلمـه لأن للوصي ولاية على أهل الوصايا فصار كولي الطفل والمجنون.

فصل: ولو قال كفلت لك بنفس فـلان فإن مـات فأنـا ضامن لمـا عليه صحت الكفـالة

وبطل الضمان لأنها معلقة بشرط ولو قال كفلت لك بنفس فلان على أنه إن مات فأنا ضامن لما عليه بطلت الكفالة والضمان معاً لأنه جعل الضمان الفاسد مشروطاً في الكفالة فبطلا جميعاً ولكن لو قال كفلت لك بنفس فلان وضمنت لك ما عليه وهو معلوم فبهذه كفالة صحيحة، وضمان صحيح، وبالعكس مما ذكرنا أن يقول قد ضمنت لك عن فلان ألفاً فإن لم أؤدها فأنا كفيل بنفسه صح الضمان وبطلت الكفالة ولو قال ضمنت لك عنه ألفاً على أنني إن لم أؤدها فأنا كفيل بنفسه بطل الضمان والكفالة والله أعلم.

فصل: فلو كفل رجل برجل لرجلين فسلَّمَه إلى أحدهما لم يبرأ من حق الآخر وبرىء من حق من تسلمه منه وكان الاتفاق على حق مطالبة الكفيل به.

ولو كفل رجلان برجل مجتمعين لم يستحق المكفول به مطالبة أحدهما بالمكفول به وكان له مطالبتهما جميعاً فإن سلمه إلى أحدهما برئا منه جميعاً.

فصل: ولكن لو كفل رجل برجل ثم كفل به ثان ثم كفل به ثالث كان للمكفول له مطالبة كل واحد من الكفلاء على انفراد فإذا سلمه أحدهم لم يبرأ الآخران من كفالته؟ بخلاف الضمان إذا سلم أحد الضمناء المال، لأن أداء أحدهم المال يبرىء المضمون عنه من الحق، فبرىء باقي الضمناء، وتسليم أحد الكفلاء المكفول به لا يبرئه من الحق فلم يبرأ باقي الكفلاء.

فلو كفل رجل برجل ثم كفل بالكفيل آخر ثم كفل بالكفيل الثاني كفيل ثالث جاز وكان للمكفول له مطالبة كل واحد منهم بمن تكفل به، فلو مات المكفول به الأول برؤا جميعاً، ولو مات الثاني برىء من بعده من الكفلاء، ولو مات الثالث برىء من بعده ولم يبرأ من قبله كما قلنا في براءة الضمناء والله أعلم بالصواب.

فصل: أخذ السفاتج بالمال على ضربين:

أحدهما: أن يكون بدين ثابت.

والثاني: أن يكون بقرض حادث، فأما الدين الثابت إذا سأل صاحبه من هو عليه أن يكتب له به سفتجة إلى بلد آخر لم يلزمه إلا أن يشاء فلو اتفقا على كتب سفتجة جاز.

وأما القرض فضربان: أحدهما أن يكون مشروطاً فيه كتب السفتجة، أما من جهة المُقْرِضْ فيقول هوذا أقرضتك لتكتب لي به سفتجة إلى بلد كذا أو من جهة المُقْتَرِضْ فيقول: هوذا اقترض منك لأكتب لك في سفتجة إلى بلد كذا فهذا قرض باطل لا يصح أخذ السفتجة به لأنه قرض جر منفعة.

والثاني: أن يكون قرضاً مطلقاً ثم يتفقان على كتب سفتجة فيجوز هذا كالدين وإذا كان كذلك فلا يخلو حال السفتجة بالدين من أحد أمرين إما أن يكون بلفظ الحوالة أو بلفظ الأمر والرسالة فإن كانت بلفظ الحوالة، فإذا وردت السفتجة إلى المكتوب إليه لزمه أداؤها بأربعة شروط.

أحدها: أن يعترف بدين المكاتب.

والثاني: أن يعترف بدين المكتوب له.

والثالث: أن يعترف بأنه كتاب المحيل.

والرابع: أن يعترف أنه كتبه مريداً أنه الحوالة فإذا اعترف بهذه الأربعة لزمه أداء ما في السفتجة من الدين، سواء ضمنه لفظاً أم لا وإن اعترف بدين الكاتب وأنكر دين المكتوب له أو اعترف بدينهما وأنكر الكتاب لم تلزمه الحوالة.

ولو اعترف بدينهما وبالكتابة وأنكر أن يكون المكاتب أراد به الحوالة فالمذهب الذي يوجبه القياس أن الحوالة لا تلزمه.

ومن أصحابنا من قال متى اعترف بالكتاب والدين لزمته الحوالة وإن أنكر الإرادة اعتماداً على العرف، وإن الوصول إلى الإرادة متعذر، فلو لم يعترف بالكتاب لكن أجاب إلى دفع المال ليكون مضموناً عليه إلى أن تصح الحوالة جاز، واختلف أصحابنا هل يجوز له استرجاع المال منه قبل صحة الحوالة على وجهين:

أحدهما: لا يجوز اعتباراً بالشرط، وأن له استرجاعه بعد العلم ببطلان الحوالة.

والوجه الثاني: وهو قول أبي عبد الله الزبيري يجوز له استرجاع المال منه متى شاء ما لم تثبت صحة الحوالة لأن المال لا يلزمه إلا بعد صحة الحوالة.

أما إذا كانت السفتجة بلفظ الأمر والرسالة لم تلزم المكتوب إليه إلا أن يضمنها لفظاً سواء اعترف بالكتاب والدين أم لا، وهو قول محمد بن الحسن وقال أبو يوسف إذا قرأها وتركها ترك رضا لزمته وقال غيره من العراقيين إذا أثبتها في حسابه لزمته.

وكل هذا عندنا لا يلزم به السفتجة وكذلك لو كتب على ظهرها أنها صحيحة قد قبلتها حتى يضمنها لفظاً ثم لا تلزم الكاتب إلاَّ أن يعترف بها لفظاً فلا تلزمه باعترافه بالخط ومن أصحابنا من قال إن اعترف بالخط لزمه وهو قول من زعم أن المكتوب إليه أن اعترف بالخط في الحوالة لزمته وهو غير صحيح في الموضعين آخر كتاب الضمان بحمد الله ومَنِّهِ وتوفيقه.

كتاب الشركة

تحريت فيها مذهب الشافعي رحمة الله عليه:

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «الشَّرِكَةُ مِنْ وُجُوهٍ مِنْهَا الغَنِيمَةُ أَزَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ مِلْكَ المُشْرِكِينَ عَنْ خَيْبَرِ فَمَلَكَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَالْمُؤْمِنُونَ وَكَانُوا فِيهِ شُرَكَاءَ فَقَسَّمَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ خَمْسَةَ أَجْزَاءٍ ثُمَّ أَقْرَعَ بَيْنَهَا فَأَخْرَجَ مِنْهَا خُمُسَ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى لأَهْلِهِ وَأَرْبَعَةَ أَخْمَاسِهَا لأَهْلِهَا (قَالَ المُزَنِيُّ) وَفِي ذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى قَسْمِ الأَمْوَالِ وَالضَّرْبِ عَلَيْهَا بِالسِّهَامِ وَمِنْهَا المَوَارِيثُ وَمِنْهَا الشَّرِكَةُ فِي الهِبَاتِ وَالصَّدَقَاتِ فِي قَوْلِهِ وَمِنْهَا التِّجَارَاتُ وَفِي ذَلِكَ كُلِّهِ القَسْمُ إِذَا كَانَ مِمَّا يُقَسَّمُ وَطَلَبَهُ الشَّرِيكُ وَمِنْهَا الشَّرِكَةُ فِي الصَّدَقَاتِ المُحَرَّمَاتِ فِي قَوْلِهِ وَهِيَ الأَحْبَاسُ وَلاَ وَجْه لِقَسْمِهَا فِي رِقَابِهَا لارْتِفَاعِ المُلْكِ عَنْهَا فَإِنْ تَرَاضُوا مِنَ السُّكْنَى سَنَةً بِسَنَةٍ فَلاَ بَأْسَ».

قال الماوردي: والأصل في إحلال الشركة وإباحتها ـ الكتاب والسنة.

فأما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾ [الأنفال: ٤١] فجعل الله تعالى خمس الغنائم مشتركة بين أهل الخمس وجعل الباقي مشتركاً بين الغانمين لأنه لما أضاف المال إليهم وبين الخمس لأهله علم أن الباقي لهم كما قال ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١] دل على أن الباقي بعد الثلث للأب وقال تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلاَدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١] فجعل التركة شركة بين الورثة.

وقال تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ﴾ [التوبة: ٦٠] الآية. فجعل أهل السهام شركاء في الصدقات. وقال تعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيراً مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾ [ص: ٢٤] يعني الشركاء.

وأما السنة فروى الشافعي عن مسلم بن خالد عن عبد الله بن عثمان عن مجاهد عن السائب بن أبي السائب وكان يشارك رسول الله ﷺ في الجاهلية قال فقدم على رسول الله ﷺ فقال لَهُ مَرْحَباً بِأَخِي لاَ يُدَارِي وَلاَ يُمَارِي

ثُمَّ قَالَ كَمْ يَا سَائِبُ كُنْتَ تَعْمَلُ فِي الْجَاهِلِيَّةِ أَعْمَالاً لاَ تُقْبَلُ مِنْكَ وَهِيَ الْيَوْمَ تُقْبَلُ وَكَانَ ذَا سَلَفٍ وَصَدَاقَةٍ(١).

وروى إبراهيم بن ميسرة عن مجاهد أن قيس بن السائب قال إنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ شَرِيكِي فِي الْجَاهِلِيَّةِ وَكَانَ خَيْرُ شَرِيكٍ لاَ يُدَارِي وَلاَ يُمَارِي.

وروي أبو حيان التيمي عن أبيه عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ أنه قال: إن الله تعالى يقول أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فَإِنْ خَانَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا(٢).

وروى رسول الله ﷺ أنه قال «يَدُ اللَّهِ عَلَى الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَتَخَاوَنَا»(٣).

وروي أن النبي ﷺ شرك بين أصحابه في سهام خيبر وفي الأزواد في السفر واشترك رسول الله ﷺ وأبو بكر وعلي في أزوادهم يخلطونها في سفرهم.

فصل: فإذا ثبت جواز الشركة فقد ينقسم ما تكون فيه الشركة أقسام أربعة:

أحدها: أن تكون في الرقاب والمنافع.

والثاني: أن تكون في الرقاب دون المنافع.

والثالث: أن تكون في المنافع دون الرقاب.

والرابع: أن تكون في حقوق الرقاب.

فأما القسم الأول وهو أن تكون الشركة في الرقاب والمنافع فهو أن يملك الاثنان أو الجماعة داراً أو أرضاً أو حيواناً أو عرضاً بابتياع أو ميراث أو مغنم أو هبة فيكونا شريكين في رقبة الشيء أو منفعته.

وأما القسم الثاني: وهو أن تكون الشركة في الرقاب دون المنافع فهو أن يوصي رجل بخدمة عبده أو سكنى داره أو غلة بستانه لرجل فيكون الموصى له المنفعة، ويكون الورثة شركاء في الرقبة.

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٣/٤٢٥ والطبراني في الكبير ٧/١٦٥ والبيهقي في السنن الكبرى ٦/٧٨ والحاكم في المستدرك ٢/٦١ وابن أبي شيبة ١٤/٥٠٥ وانظر تخليص الحبير ٣/٤٩ نصب الراية ٣/٤٧٤.

(٢) أخرجه الدرامي ٢/٢٦٤ كتاب البيوع وأبو داود (٣٥٣٥) والترمذي ٣/٥٦٤ (١٢٦٤) وقال: حسن غريب والحاكم ٢/٤٦.

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن ٣/٣٥ وابن حبان في المجروحين ٢/١٥٢ والمنذري في الترغيب والترهيب ٢/٥٩٣.

وأما القسم الثالث: وهوأن تكون الشركة في المنافع دون الرقاب فأما المنافع على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن تكون المنفعة ممتلوكة من عين مملوكة كالرجلين إذا استأجرا داراً أو أرضاً فهما شريكان في منافعها دون رقابها والوقف من هذا النوع يكون أَرْبَابه شركاء في منافعه دون رقبته إن قيل إن رقبة الوقف لا تملك وإن قيل إن رقبة الوقف مملوكة كان من القسم الأول يكون أربابه شركاء في منافعه دون رقبته وإن قيل أن رقبة الوقف لا يملك.

والضرب الثاني: أن تكون المنفعة مباحة من عين غير مملوكة بالدهن النجس والروث والسماد فهذا غير مملوك وإنما يكون الإنسان أولى به لثبوت يده لما يتعلق به من إباحة الانتفاع به وإنما لم تملك المنفعة وإن كانت مباحة لأنه لا يجوز المعاوضة عليها فيكون الشركاء في هذا النوع شركاء في إباحة منافعه.

والضرب الثالث: ما كانت المنفعة مأخوذة من عين غير مملوكة. واختلف أصحابنا في المنفعة منه هل تكون مملوكة أو مباحة وهي منفعة الكلب المنتفع به. **فأحد الوجهين**: أنها مباحة غير مملوكة ولا يجوز أن يعاوض عليها.

والثاني: أنها منفعة مملوكة وإن كانت العين غير مملوكة ويجوز أن يعاوض عليها، وهذا من اختلاف أصحابنا في جواز إجارة الكلب.

وأما القسم الرابع: وهو أن تكون الشركة في حقوق رقاب وذلك على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون الحق في الرقبة مفضياً للتمليك.

والثاني: أن يفضي إلى الاستهلاك.

والثالث: أن يفضي إلى التأديب.

فأما الأول: وهو أن تكون الشركة فيما يستحق به تملك رقاب فكالشفعة يستحق بها ملك ما وجب فيه الشفعة.

وأما الثاني وهو أن تكون الشركة فيما يستحق به استهلاك رقاب فكالقصاص يجب بتناوله إتلاف ما وجب فيه القصاص. وأما الثالث أن تكون الشركة فيما يستحق به تأديب رقاب كحد القذف يجب به تأديب من كان منه القذف.

فصل: ثم إن المزني ذكر أحوال القسمة في الأموال المشتركة وجملة الأموال المشتركة أنها اقتسام الشركة بها على أصناف أربعة:

أحدها: ما تصح فيه القسمة صلحاً وجبراً. وهو ما تساوت أجزاؤه من الدور والأرضين والأدهان والحبوب.

والثاني: ما لا تصح فيه القسمة صلحاً ولا جبراً كاللؤلؤ والجواهر لما فيها من اختلاف قيمته واستهلاك عينه.

والثالث: ما تصح فيه القسمة صلحاً ولا تصح جبراً الأرض والعقار إذا اختلفت قيمة أماكنه ودخل الرد في قسمته فإن تراضى الشريكان في هذا النوع الذي يدخله الرد على إدخال القرعة وأخذ ما خرج بها فهل يلزمهما ذلك إذا خرجت القرعة أم يكونا على خيارهما. على قولين: وهكذا لو استقرت القيمة على فصل مساحة أحدهما أنه لا معنى للقرعة في التزام ما خرج بها ويكونا بعد خروج القرعة على خيارهما قبل القرعة.

والقول الثاني: قد لزمهما ذلك لما تراضيا عليه.

والقسم الرابع: ما تصح فيه القسمة صلحاً وفي دخول القسمة فيه جبراً قولان. وذلك ما تساوت أجزاؤه وتماثلت قيمته من الثياب والعبيد إن تراضوا بالقسمة عليه جاز وإن طلبها أحدهما فهل يجبر الآخر عليها فيه قولان. فأما الوقف فإن كان في الشركة وقفاً لم يجز قسمته بين أربابه سواء قلنا إن رقبة الوقف ملكاً لله أو على ملكهم لأنه لو كان ملكاً لله قسمة ما ليس في ملكهم لا يجوز وإن كان ملكاً لهم فهم إنما يملكوه مدة حياتهم ثم يملكه البطن الثاني بعدهم والقسمة ما تأبدت والتأبيد لا يستحقونه. فإما إن كان بعض الشيء وقفاً وبعضه ملكاً فإن قيل إن القسمة بيع لم تجز قسمته وإن قيل إنها إقرار جازت قسمته.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فالشركة تكون من وجهين:

أحدهما: أن تكون عن عقد واختيار.

والثاني: أن تكون عن غير عقد واختيار فأما ما كان عن غير عقد واختيار فالشركاء في المواريث والمغانم والأوقاف. وأما ما كان عن عقد واختيار فسنذكره من بعد على أقسامه.

مسألة: **قَالَ المُزَنِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَالَّذِي يُشْبِهُ قَوْلَ الشَّافِعِيِّ أَنَّهُ لاَ تَجُوزُ الشَّرِكَةُ فِي الْعَرَضِ وَلاَ فِيمَا يَرْجِعُ فِي حَالِ المُفَاصَلَةِ إِلَى الْقِيمَةِ لِتَغَيُّرِ القِيَمِ وَلاَ أَنْ يُخْرِجَ أَحَدُهُمَا عَرَضاً وَالآخَرُ دَنَانِيرَ وَلاَ تَجُوزُ إِلاَّ بِمَالٍ وَاحِدٍ بِالدَّنَانِيرِ أَوْ بِالدَّرَاهِمِ فَإِنْ أَرَادَا أَنْ يَشْتَرِكَا وَلَمْ يُمكِنْهُمَا إِلاَّ عَرَضٌ فَإِنَّ المُخْرِجَ فِي ذَلِكَ عِنْدِي أَنْ يَبِيعَ أَحَدُهُمَا نِصْفَ عَرَضِهِ بِنِصْفِ عَرَضِ صَاحِبِهِ وَيَتَقَابَضَانِ فَيَصِيرُ جَمِيعُ العَرَضَيْنِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ وَيَكُونَا فِيهِ شَرِيكَيْنِ إِنْ بَاعَا أَوْ حَبَسَا

أَوْ عَارَضَا لأَفْضَلٍ فِي ذَلِكَ لأَحَدٍ مِنْهُمَا (قَالَ) وَشَرِكَةُ المُفَاوَضَةِ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا تَجُوزُ بِحَالٍ».

قال الماوردي: وهذا كما قال؛ اعلم أن ما كان بين الشريكين عن عقد واختيار على ستة أقسام:

أحدها: شركة العنان.

والثاني: شركة العروض.

والثالث: شركة المفاوضة.

والرابع: شركة المفاضلة.

والخامس: شركة الجاه.

والسادس: شركة الأبدان.

فأما القسم الأول: وهو شركة العنان فهي: أن يخرج كل واحد منهما مالاً مثل مال صاحبه ويخلطاه فلا يتميز وبإذن كل واحد منهما لصاحبه أن يتجر بالمال فيما رأى من صنوف الأمتعة على أن يكون الربح بينهما على قدر المالين والخسران كذلك فهذه أصح الشرك واختلف الناس لما سميت شركة العنان. قال قوم: لأنهما قد استويا في المال مأخوذاً من استواء عنان الفرسين إذا تسابقا وقال آخرون: إنما سميت شركة العنان لأن كل واحد منهما قد جعل لصاحبه أن يتجر بالمال فيما رأى من صنوف الأمتعة على أن يكون الربح بينهما على قدر المالين والخسران كذلك فهذه أصح الشرك واختلف الناس لما سميت شركة العنان. قال قوم: لأنهما قد استويا في المال مأخوذاً من استواء عنان الفرسين إذا تسابقا وقال آخرون: إنما سميت شركة العنان لأن كل واحد منهما قد جعل لصاحبه أن يتجر فيما عنَّ له أي عرض.

وقال آخرون: إنما سميت بذلك لأن كل واحد منهما يملك التصرف في جميع المال كما يملك عنان فرسه فيصرفه كيف يشاء.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو شركة العروض فهو أن يخرج هذا متاعاً فيقيِّمه ويخرج هذا متاعاً فيقيِّمه ثم يشتركان بالقيمتين ليكون المتاعان بينهما إن ربحا فيه كان بينهما وإن خسرا فيه كان الخسران عليهما فهذه شركة باطلة سواء كان العرضان من جنس واحد أو من جنسين لأمرين:

أحدهما: أنه قد يزيد قيمة العرض الواحد فيأخذ الشريك من ربحه قسطاً. وينقص فيلتزم من خسرانه قسطاً ولم يملك منه شيئاً.

والثاني: أنهما إن أرادا رد قيمته عنه فصل الشركة فقد يجوز أن تزيد قيمته زيادة تستوعب الربح كله وإن أرادا رد قيمته فهي غير ما اشتركا فيه فإذا ثبت ما ذكرناه من بطلان شركة العروض فلإبن أبي ليلى كلاماً فقد ذكر المزني في صحة الشركة فيها طريقاً وذكر البغداديون من أصحابنا طريقاً ثانياً وذكر البصريون طريقاً ثالثاً.

فأما طريقة المزني: فهو أن يبيع كل واحد منهما نصف عرضه بنصف عرض صاحبه ويتقابضاه فيصير - كل واحد من العرضين شركة بينهما نصفين ثم يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التجارة فهذه طريقة صحة الشركة في العروض إذا لم يتبايعا على شرط الشركة.

وأما طريقة البغداديين فهي أن يشتركا في شراء متاع بثمن في ذمتهما ثم يدفع كل واحد منهما عرضاً بما عليه من ثمن المتاع وهذه وإن كانت طريقة إلى صحة الشركة فليست شركة في العروض وإنما هي شركة في المتاع بثمن في الذمة فإن العرض عوض فيه.

وأما طريقة البصريين: فهو أن يشتري كل واحد منهما نصف عرض صاحبه بثمن في ذمته ثم يتقابضان الثمن أو يتبادلانه. فيصير كل واحد من العرضين شركة بينهما نصفين وهذه مزنية من طريقة المزني فتصح الشركة في العروض في هذه الطرق الثلاثة ولكن اختلف أصحابنا إذا اشتركا في العروض على الطريقة التي ذكرناها عن المزني هل يفتقر إلى العلم بقيمة العرضين أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنهما يفتقران إلى العلم بالقيمة ليعلما ما يحصل لهما من فضل أو يرجع عليهما من عجز.

والوجه الثاني: أنهما لا يفتقران إلى العلم بقيمة العرضين لأنهما لما تساويا في ملكه تساويا في ربحه فلم يكن بهما حاجة إلى تمييز الربح من الأصل.

فأما على الطريقتين الأخريين فلا يلزم، لأن رأس المال هو الثمن المعقود عليه به فهذا فيما لا يتماثل أجزاؤه، فأما الذي يتماثل أجزاؤه ولا يختلف مثل الحبوب والأدهان المتفقة في النوع والصفة إذا أخرج أحدهما قدراً فيها كأن أخرج كذا من حنطة على صفة وأخرج الآخر كذا من حنطة على مثل تلك الصفة وخلطاها ليكون شركة بينهما ويردان مثله عند المفاضلة ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: أنها شركة باطلة لأنه معرض لزيادة القيمة ونقصها كالعروض.

والوجه الثاني: وهو قول جمهور أصحابنا: أنها شركة جائزة لأنه مما لا يتميز عند الاختلاط ويمكن الرجوع إلى مثله عند الانفصال فأشبهه الدراهم والدنانير وزيادة السعر ترجع إليها. ونقصه يعود عليها ولكن لو كان أحدهما أعلى قيمة من الآخر ويخالفه في صفة من صفاته لم تجز الشركة به وجهاً واحداً ليميزه إذا خلط.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو شركة المفاوضة فهو أن يشتركا في الناض من أموالها كله دون العروض ليرد كل واحد منهما على صاحبه نصف كسبه من المال وغيره ـ فهذه شركة باطلة قال الشافعي في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى: لا أعرف شيئاً من الدنيا يكون باطلاً إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة.

وقال أبو حنيفة ومالك وهو قول الأوزاعي والثوري أن شركة المفاوضة جائزة إذا استوى المالان وكانا مسلمين ويدخل فيها جميع الكسب إلا الميراث ويلزم فيها غرم كل واحد منهما إلا الجناية تعلقاً بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] وهذا عقد فلزمهما بظاهر هذه الآية الوفاء به.

وروي عن النبي ﷺ: أنه قال «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»[1] فوجب أن يلزمهما ما شرطاه قال: ولأنه نوع شركة فوجب أن يكون منها ما يصح كشركة العنان ولأن شركة المفاوضة أعم من شركة العنان فعموم الشركة لا يمنع من صحتها. ألا ترى أن شركة العنان قد تكون خاصة في نوع واحد، وتكون تارة عامة إذا تشارطا التجارة في كل نوع فلما جازت في حال عمومها كجوازها في حال خصوصها كذلك شركة المفاوضة. تجوز وإن كانت عامة كجواز غيرها من الشرك الخاصة ولأن الربح في الأموال قد يقابل المال تارة كالشركة وقد يقابل العمل تارة كالمضاربة والربح في شركة المفاوضة لا يخلو من أن يكون مقابلاً للمال أو للعمل ـ ولأيهما قابل وجب أن يجوز.

ودليلنا «نهيه ﷺ عن الغرر» ولا غرر أعظم من المفاوضة فيما يدخل كسباً أو يخرج غرماً لأنها شركة لا تصح مع تفاضل المال فوجب أن لا تصح مع تساوي أصله إذا كان أحدهما مكاتباً أو ذمياً، ولأن كل شركة لا تصح بين المسلم والذمي «والحر والمكاتب» لا تصح بين الحرين المسلمين.

أصله: إذا تفاضلا في المال ولأن ما لم يتفرع عن أصل تناوله عقد الشركة فلم تصح فيه الشركة كالميراث ولأنها شركة لا تصح مع مختلفي الدينين فلم تصح مع متفقي الدينين كشركة العروض فأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فهو أنها مخصوصة بنهيه عن الغرر وأما الجواب عن قياسهم على شركة العنان فهو أنه منتقض باشتراك الجماعة في الماء

إذا كان لأحدهم جمل وللآخر سقاء والثالث عامل بيديه ليكونوا شركاء في الكسب فهو نوع شركة وليس فيه ما يصح ثم المعنى في شركة العنان: جوازها بين مختلفي الدينين.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن عمومها لا يمنع من صحتها. فهو أننا لم نمنع منها لعمومها وإنما منعنا منها لدخول الغرر فيها. وأما الجواب عن استدلالهم بأن الربح قد يقابل المال تارة والعمل أخرى فهو أنه يصح إذ انفرد كل واحد منهما بعقد فأما إذا اجتمعا في عقد واحد فلا وهاهنا ـ وقد اجتمعا في عقد واحد فبطل.

فصل: وأما القسم الرابع وهو شركة المفاضلة وهو أن يتفاضلا في المال ويتساويا في الربح أو يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح فهذه شركة باطلة.

وقال أبو حنيفة: هي شركة جائزة استدلالاً بقوله ﷺ «المُـؤْمِنُونُ عِنْـدَ شُرُوطِهِـمْ» قال: ولأن عقد الشركة كالمضاربة، ولأن العمل في المضاربة بمنزلة مال أحد الشريكين في الشركة ولأن كل واحد منهما في مقابلة جزء من الربح فلما جاز في المضاربة أن يشترط أحدهما من الربح أكثر من الآخر كذلك في الشركة ولأن أحد الشريكين قد يكون أكثر عملاً فيستحق مع قلة ماله لأجل عمله أكثر ربحاً. ودليلنا هو أن التفاضل في المال يمنع من التساوي في الربح أصله إذا أطلقا العقد. ولأن الشركة قد تفضي إلى الربح تارة وإلى الخسران تارة أخرى فلما كان الخسران يقسط على المال ولا يتغير بالشرط وجب أن يكون في الربح مثله يتقسط على المال ولا يتغير بالشرط وقد يتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسان:

أحدهما: أن الربح أحد موجبي العقد فوجب إذا كان شرطه مخالفاً لمطلقه أن يبطل العقد كالخسران.

والثاني: أن كل شرط لو كان في الخسران بطل به العقد ووجب إذا كان في الربح أن يبطل به العقد، أصله إذا شرط بينهما الأجنبي ولأنه نماء مال مودع فوجب أن يكون مقسطاً على تفاضل المال كالماشية والثمرة.

فأما الجواب عن قوله ﷺ «المُؤْمِنُوْنَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» فقد قال فيه إلا شرطاً أَحَلَّ حراماً أو حرم حلالاً.

وأما استدلالهم بالمضاربة فالمعنى في المضاربة أنه لما كان إطلاقها يقتضي تساويها في الربح جاز أن يتشارطا التفاضل في الربح وليس كذلك الشركة. وأما استدلالهم بأن عمل أحدهما قد يكون أكثر فليس بصحيح؛ لأن العمل في الشركة لا يقابل شيئاً من الربح ألا ترى

أنهما لو أطلقا الشركة لم يتقسط الربح على العمل ولا استحق عوضاً فيه فبطل الاستدلال به فإذا ثبت ما ذكرنا فشركة المفاضلة على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يتساويا في المالين ويتفاضلا في الربحين. مثاله أن يكون المال بينهما نصفين والربح بينهما نصفين والربح بينهما أثلاثاً فهذه شركة باطلة.

والضرب الثاني: أن يتفاضلا في المالين ويتساويا في الربحين مثاله. أن يكون المال بينهما أثلاثاً والربح بينهما نصفين فهو شركة باطلة.

والضرب الثالث: أن يتفاضلا في المالين ويتفاضلا بحسبه في الربحين.

مثاله: أن يكون المال بينهما أثلاثاً لأحدهما ثلثاً وللآخر ثلثه ويكون الربح بينهما أثلاثاً لصاحب الثلثين ثلثاه ولصاحب الثلث ثلثه فمذهب الشافعي جواز هذه الشركة لأن الربح فيها مقسط على قدر المالين ومن أصحابنا من ذهب إلى بطلانها حتى يتساوى الشريكان في رأس المال وتعلق بقول المزني، والشركة الصحيحة أن يخرج كل واحد منهما مثل دنانير صاحبه ويخلطانها فيكونان فيها شريكين فجعل قوله مثل دنانير صاحبه محمولاً على مثلها في القدر وهذا تأويل فاسد لأن مراده بالمثل إنما هو المثل في الجنس والصفة دون العقد وإذا لم تصح شركة المفاضلة في الضربين الأولين: فهل يكون شرط التفاضل فيها موجباً لبطلان الشركة بمعنى بطلان الإذن في التجارة بالمال المشترك أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: قد بطل الإذن لبطلان الشرط فيه فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في جميع المال فإن تصرف فيه كان كمن تصرف في مال مشترك عن شركة فاسدة.

والوجه الثاني: أن اشتراط التفاضل بالشرط لا يوجب بطلان الإذن فيجوز أن يتجر كل منهما بجميع المال ويكون الربح مقسوماً بالحصص فلو كان ثلث المال لأحد الشريكين وثلثاه للآخر فشرطا أن يكون الربح بينهما نصفين على أن ينفرد بالتجارة صاحب الثلث وحده جاز وكانت هذه شركة ومضاربة بالبدن لأن العامل يأخذ الثلث بملكه وتمام النصف بعمله وخرج عن حكم المفاضلة إلى حكم المضاربة.

فصل: وأما القسم الخامس: وهو شركة الجاه وتسمى شركة الوجوه فهو أن يكون الرجل ذا جاه فيقولان على جاهنا ونشتري متاعاً والربح بيننا فهذه شركة الجاه وتسمى شركة الوجوه، ومن أصحابنا من جعل شركة الجاه من النوع الأول إذا كان الجاه لأحدهما وشركة الوجوه إذا كان الجاه لهما، وهذا خلاف في العبارة والحكم فيها سواء وهي شركة باطلة وقال أبو حنيفة هي شركة جائزة استدلالاً بأنها نوع شركة فوجب أن يكون منها ما يصح كشركة العنان.

ودليلنا أنها شركة في غير مال فوجب أن تكون باطلة كالشركة في الاصطياد والاحتشاش على أنها مبنية على شركة الأبدان وسنذكر الحجاج فيها، وقد مضى الجواب عن القياس على شركة العنان فإذا ثبت أن شركة الجاه لا تصح فلا يخلوا حال مشتري المتاع من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يشتري لنفسه.

والثاني: أن يشتري لصاحبه.

والثالث: أن يشتريه بينهما فإن اشتراه بنفسه صح شراؤه وصار ملكاً له إن ربح فالربح له وإن خسر فالخسران عليه ولا شيء للآخر في ربحه ولا شيء عليه في خسرانه وإن اشتراه كله لصاحبه لم يصح لأنه إنما أذن له في شراء نصفه ويكون الشراء لازماً له في النصف الزائد على القدر الذي أذن فيه فأما النصف المأذون فيه فيلزم الأمر على شروطه التي نذكرها ولا يخرج على تفريق الصفقة؛ لأن الصفقة لم تختلف في الصحة والفساد وإن اشتراه بينهما فهو في النصف مشتري لنفسه فلزمه ذلك وفي النصف الآخر في حكم المشتري لموكله فيصح ذلك بثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون قد وصف له النوع الذي يتجر فيه سواء، كان نوعاً أو أنواعاً لأن الإذن في شراء ما لم يوصف باطل.

والثاني: أن يقدر له المال الذي يشتري به، لأن ما لم يقدره فلا نهاية له بخلاف شركة المال والمضاربة المقدرتان بالمال فلم يحتج إلى تقديرهما بالذكر.

والثالث: أن ينوي في عقد الشراء أنه له ولصاحبه؛ لأن ملك المبيع لا ينتقل عن المشتري إلى موكله إلا ببينة سواء كان المأذون في ابتياعه معيناً أو غير معين وقال أبو حنيفة: إن كان غير معين لم يصح الشراء للموكل إلا ببينة وإن كان معيناً كقوله اشْتَرِ هذا العبد صح الشراء للموكل بغير بينة وهذا فرق يوجب القياس للتسوية بينهما إلا أنه اشترى لغير العاقد فاقتضى أن يكون من شروطه النية أصله ما كان غير معين وأما ما يشتريه المضارب والشريك فيحتاج إلى نية في أنه في حال المضاربة والشركة فإذا صح الشراء لهما على الشروط المعتبرة كان الربح بينهما نصفين والخسران إن كان عليهما نصفين ثم للمشتري على شريكه نصف أجرة مثله فيما اشترى وباع لأنه عمل في ماله ومال غيره وكذلك كل شركة فاسدة إذا حصل الربح فيها بين الشريكين على قدر المالين وكان العمل لهما رجع كل واحد منهما على صاحبه بنصف أجرة مثله فإن تساويا تقاضا وإن تفاضلا ترادا الفضل وإن كان العمل لأحدهما كان للعامل على الآخر نصف أجرة مثله.

وقال أبو حنيفة: ليس لواحد من الشريكين على صاحبه أجرة في عمله لأن العمل في الشركة لا يقابل شيئاً من الربح فلم يكن لوجوده تأثير وهذا خطأ؛ لأن حكم الشركة إذا زال بفسادها غلب فيها حكم الوكالة على عوض فاسد وذلك موجب لأجرة المثل.

فصل: وأما القسم السادس وهو شركة الأبدان: وهو أن يشترك صانعان ليعملا بأبدانهما ويشتركان في كسبهما فهذه شركة باطلة وقال مالك: تجوز إذا كانا متفقي الصنعة ولا تجوز إذا كان مختلفي الصنعة وقال أبو حنيفة تجوز مع اتفاق الصنعة واختلافها ولا تجوز في الأعيان المستفادة بالعمل كالاصطياد والاحتطاب.

وقال أحمد بن حنبل: تجوز في كل ذلك حتى في الاصطياد والاحتشاش استدلالاً بما روي أن سعد بن أبي وقاص وعبد الله بن مسعود وعمار بن ياسر رضي الله عنهم. اشتركوا فيما يغنمونه يوم بدر. فغنم سعد بعيرين وقيل بل أسر أسيرين ولم يغنم الآخران شيئاً واقتسموا هذه الشركة في الأبدان لا في الأموال وقالوا ولأن الناس في عهد رسول الله ﷺ وإلى وقتنا هذا يتشاركون بأبدانهم فلا يتناكرونه ولا ينكر عليهم فصار ذلك إجماعاً منهم ولأنه نوع شركة فوجب أن يكون منها ما يصح كشركة الأموال ولأن عمل البدن أصلاً قد يستفاد به المال إذا انفرد والمال فرع عليه لا يستفاد به النماء إلا مع العمل فلما صحت الشركة في الأموال فأولى أن تصح في أعمال الأبدان ولأن العامل في القراض شريك ببدنه في مال غير مماثل لعمله فكانت الشركة في أعمال الأبدان المماثلة أولى. ودليلنا نهيه ﷺ عن الغرر وشركة الأبدان غرر. لأنه قد يعمل أحدهما ولا يعمل الآخر وقد يعمل أحدهما أقل من الآخر ولأنها شركة عريت عن مشترك في الحال فوجب أن تكون باطلة أصله إذا اشتركا فيما يستوهبانه. ولأنها شركة في منافع أعيان متميزة فوجب أن تكون باطلة إذا اشتركا في بعيرين لا يؤجراهما ويشتركا في أجرتهما. ولأن المقصود من شركة الأبدان هو العمل، كما أن المقصود من شركة الأموال هو المال فلما كانت الجهالة بقدر المال فوجب فساد الشركة ووجب أن تكون الجهالة بالعمل توجب فساد الشركة والعمل مجهول بكل حال لأن ما يعمله كل واحد منهما غير مقدر. وقد يمرض فلا يعمل ويتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسان أحدهما هو أن وقوع الجهالة بحصة كل منهما يمنع من صحة الشركة كما لو خلطا مالين لا يعرفان قدرهما والثاني هو أنها معاوضة لو كانت في الأموال بطلت بالجهالة فوجب إذا كانت في الأعمال أن تبطل بالجهالة أصله إذا قال قد استأجرتك لتبني لي على ألا أضبع لك.

وأما الجواب عن استدلالهم في اشتراك سعد وابن مسعود وعمار رضي الله عنهم فيما يغنمون فهو أن حكم الغنيمة أن الشركة فيها واقعة بالعمل دون الشرط ألا ترى أنه لما لم يكن بين الغانمين شرط كانت غنيمة أحدهم شركة بينهم.

وأما استدلالهم بالإجماع فغير صحيح لأن الإجماع مأخوذ من الأقوال لا من الأفعـال. كما أن أبا حنيفة لم يجعل إجماع الناس على أخذ أجرة التعليم في الكتاتيب دليلاً على جواز أخذ الأجرة في تعليم القرآن وأما قياسهم على شركـة العنان فقـد تقدم الجـواب عنه من قبـل وأما استدلالهم بأن العمل في الكسب أصل والمال فرع فلما جازت الشركة في الفرع فـأولى أن تجوز في الأصل. فالجواب عنه أن شركة الأبدان إنما بطلت لجهالة العمل وهذا معتبر في شركة الأموال لأنها بطلت بجهالـة المال فـاستويـا وأما استـدلالهم بالقـراض فالمعنى فيـه أن العمل فيه تبع للمال وجهالة البيع لا تمنع من صحة العقد إذا كان الأصل معلوماً وليس كذلك شركة الأبدان لأن العمل فيها ـ هو الأصـل المقصود فبـطلت بكون العمـل مجهولاً فـإذا ثبت فساد شركة الأبدان فـلا يخلو أن يكون عمـل كل واحـد منهما متميـزاً أو غير متميـز فإن كـان متميزاً اختص كل واحد منما بأجرة عمله وإن كـان العمل غيـر متميز كـان ما حصـل لهما من الكسب مقسوماً بينهما على قدور أجور أمثالهما فيصرف كـل واحد منهمـا من الكسب بقسطه من أجرة مثله.

فصل: فلو اشترك رجلان في اصطياد صيد لم تصح الشركة وملك كل واحـد منهما مـا انفرد به من صيده. فلو اجتمعا على صيد ملكاه جميعاً لاستواء أيديهما عليه وكان لكـل واحد منهما على صاحبه نصف أجرة مثله. فيترادّان الفضل إن كان وإلا تقاصا لأن ذلك مملوك عن شركة فاسدة ولو لم يكن ذلك عن عقد شركة ملكاه ولا أجرة لواحد منهما على صاحبه وهكذا لو وضعا شبكة أو شركاً بينهما فوقع فيه صيد ملكـاه معاً وكـان لكل واحـد منهما على صـاحبه نصف أجرة نصف حصته من الشبكـة وذلك أجـرة ربع الشبكـة فلو وكل رجـلان في اصطيـاد صيد أو احتشاش حشيش جـاز وملك الموكـل ما حصـل من الصيد والحشيش بفعـل الوكيـل وهكذا لو استأجر في اصطياد صيد ملكه المستأجر بإجارته وفعل فعليه للأجير أجرتـه المسماة وهكذا لو استأجرهم لإحيـاء موات صحت الإجـارة وكان لـلأجراء فيمـا أحيوه الأجـرة وملك المستأجر الأرض بإحياء الأجير من غير أن يحصل للأجير ملك ينتقل عنه.

فصل: وإذا اشتركا أربعة في زراعة أرض على أن تكون من أحدهم الأرض ومن الآخر البذر ومن الآخر بقر الحرث ومن الآخر العمل كانت شركة فاسدة لأن الشركة إنما تصح فيما لا يتميز إذا خلط فعلى هذا يكون الزرع كله لصاحب البذر لأنه نماء ملكـه ويكون عليـه أجرة مثل الأرض والبقر لأنهم دخلوا على عوض فاسد.

فصل: فلو اشترك أربعة في طحن حنطة لرجل بأجرة مسماة على أن يكون من أحـدهم الرحا ومن الآخر البغل ومن الآخر البيت ومن الآخر العمل فالإجارة صحيحة لأنها في ذممهم والشركة فـاسدة. فـإذا طحنوا فـالأجرة بينهم أربـاعاً ولكـل واحد من الأربعـة أن يرجـع على

أصحابه بثلاثة أرباع أجرة ما كان من جهته فيرجع صاحب الرحى على الثلاثة بثلاثة أرباع رحاه وعلى كل واحد بالربع والربع الآخر يقسط لأنه في مقابله ما حصل له من العمل هكذا وصاحب البغل، وصاحب البيت، وصاحب العمل، ولو تولى أحدهم الإجارة لنفسه كانت الأجرة كلها له وعليه لكل واحد منهم جميع أجرة ما كان من جهته.

فصل: ولو اشترك ثلاثة في استقاء وبيعه ليكون من أحدهم البعير ومن الآخر السقاء والآخر عامل ببدنه في سقي الماء فروى الربيع أن ثمن الماء يكون لصاحبه الآخذ له وعليه لصاحب البعير والسقاء أجرة مثل البعير والسقاء وروى أبو علي البويطي أن ثمن الماء يكون بينهم على الشركة أثلاثاً ويكون لكل واحد من الثلاثة على صاحبه ثلثا أجرة ما كان من جهته فاختلف أصحابنا في اختلاف هاتين الروايتين فكان بعضهم يخرجها على قولين:

أحدهما: أن ثمن الماء يكون لصاحبه الآخذ له كالشركاء في الزرع يكون الزرع بينهم لصاحب البذر.

والقول الثاني: أن يكون بينهم أثلاثاً على أصل الشركة لأن الماء بصير كرأس مال تساووا فيه. وقال أبو العباس بن سريج ليس ذلك على قولين وإنما اختلاف النقلين محمول على اختلاف حالين فرواية الربيع أن ثمن الماء لآخذه محموله على أنه قصد بالآخذ لنفسه ورواية البويطي أنه يكون بينهم أثلاثاً على الشركة محمول على أنه قصد به الآخذ للشركة والله أعلم.

مسألة: **قَالَ المُزَنِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَالشَّرِكَةُ الصَّحِيحَةُ أَنْ يَخْرِجَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَنَانِير مِثْلَ دَنَانِيرَ صَاحِبِهِ وَيَخْلِطَاهُمَا فَيَكُونَانِ فِيهَا شَرِيكَيْنِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح وقد ذكرنا أن الشركة إنما تصح فيما يتخلط فلا يتميز فعلى هذا لا يجوز أن يخرج أحد الشريكين دراهم والآخر دنانير، ولا يخرج أحدهما دنانير مغربية والآخر دنانير مشرقية ولا أن يخرج أحدهما دنانير صحاحاً والآخر دنانير مكسرة ولا أن يخرج أحدهما دنانير صحاحاً والآخر دراهم مكسرة ولا أن يخرج أحدهما دراهم على ضرب سكة ونقش يخالفها دراهم الآخر في السكة والنقش لأن هذا كله يتميز بعد خلطه وجوز أبو حنيفة الشركة في هذا كله لأنه مال ناض فلم يؤثر اختلاف أوصافه في الشركة به وهذا غير صحيح لأن ما يتميز بعد خلطه لا تصح الشركة به كالعروض فعلى هذا لا تصح الشركة بالنقاد والسبائك لتميزها وإنها تجري مجرى العروض لما يتوجه إليها من زيادة السعر ونقصه حتى تكون الشركة في دراهم أو دنانير متفقة في النوع والصفة لا يخالف أحدها الأخرى بصفة تتميز بها فإذا حصل وكان مالها مشتبهاً لا يتميز أحدهما على الآخر بشيء فمن تمام الشركة

أن يخلطا المالين وما لم يخلطاه فهما غير شريكين فيه وقال أبو حنيفة تصح الشركة وإن كان مال كل واحد منهما منفرداً معه في كيس ويشتريان معاً ويدفع كل واحد منهما من دراهمه ثمن حصته وهذا الذي قاله إنما هو وعد بالشركة ثم يستقر بالشراء ودفع الثمن فأما أن تكون الشركة في المال فلأن الشركة مأخوذة من الاشتراك والاختلاط ومع تمييز المالين فلا تكون شركة ولا خلطة.

فصل: إذا كان لرجل على رجل ألف درهم ديناً فقال صاحب الدين لمن هي عليه اجعل الدين الذي لي عليك شركة بيني وبينك تخرج من مالك ألفاً بإزائها وتتجر بالألفين ليكون الربح بيننا نصفين لم تصح هذه الشركة لأنها شركة بدين وشركة الدين فاسدة حتى يقبض صاحب الدين ماله ويخرج الآخر مثله ويخلطاه فيصيرا حينئذ شريكين فتصح والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الْمُزَنِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ اشْتَرَيَا فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَهُ أَحَدُهُمَا دُونَ صَاحِبِهِ فَإِنْ جَعَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ أَنْ يَتْجَرَ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ بِمَا رَأَى مِنْ أَنْوَاعِ التِّجَارَاتِ قَامَ فِي ذَلِكَ مَقَامَ صَاحِبِهِ فَمَا رَبِحَا أَوْ خَسِرَا فَلَهُمَا وَعَلَيْهِمَا نِصْفَيْنِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا خلط الشريكان مال الشركة لم يجز لواحد منهما أن يتصرف في جميعه ويتجر فيه إلا بإذن صاحبه وقال أبو العباس بن سريج: إذا خلطاه على الشركة أو ابتاعا متاعاً للشركة جاز أن يتصرف كل واحد منهما في جميعه ولم يحتج للإذن اعتباراً بالعرف في موضوع اللفظ ومقصود الشركة وبه قال أبو حنيفة وهذا غير صحيح لأن خلط المال لا يفيد أكثر من الشركة فيه وحدوث الشركة في المال لا يوجب التصرف في جميعه كما لو ورثا مالاً أو استوهباه ولأن التصرف في ملك الغير بحق النيابة إنما يكون وكالة والوكالة لا تصح إلا بلفظ صريح كما لو أراد التصرف في مال غير مشترك واستشهاد أبي العباس بالعرف باطل، لأن الشركة عقد والعقود لا يقتنع فيها بالعرف دون التصريح باللفظ فإذا ثبت هذا فعقد الشركة يجري عليه حكم الوكالة في تصرف كل واحد منهما في مال صاحبه وحكم الملك في تصرفه في مال نفسه وإذا كان كذلك فلا يخلو حال الشريكين من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف والتجارة فتصح من كل واحد منهما التجارة في جميع المال بالبيع والشراء ثم الإذن على ضربين:

أحدهما: أن يكون إذناً عاماً فيما رأى من أنواع التجارات وصنوف الأمتعة فيقتصر بالإذن على خصوصه ثم ليس لواحد منهما مع خصوص الإذن وعمومه أن يسافر بالمال إلا

بصريح الإذن لما في السفر من التغرير بـه ولا أن يشارك غيـره فيه ولا أن يضـاربه لمـا فيه من مجاوزة إذنه وليس له أن يبيع النسيئة لأن فيه مخالفة لمطلق إذنه وجوز أبو حنيفة ذلك، وهذا خطأ لما بيناه من أن أحكام الوكيل فيه معتبرة وتصرف الوكيل مقصور على ما تضمنه الإذن الصريح.

والحالة الثانية: أن لا يأذن كل واحـد منهما لصـاحبه في التصـرف فينتفي عن الشركـة حكم الـوكالـة ويصير تصـرف كل واحـد منهمـا مقصـور على حصتـه على حسب مـا يجـوز التصرف في المال المشترك.

والحالة الثالثة: أن يـأذن أحدهمـا في التصرف ولا يـأذن الآخر فيكـون للمأذون لـه أن يتصرف في جميع المال على حسب عموم الإذن وخصوصه وليس لـلآخر أن يتصـرف إلا في قدر حصته. كما يجوز التصرف في المال المشترك فصار مجموع ما شـرحنا أن عقـد الشركـة ينتظم على ثلاثة شروط:

أحدها: اتفاق المالـين في الجنس والصفة.

والثاني: خلط المالين حتى لا يتميز أحدهما عن الآخر.

والثالث: الإذن بالتصرف فيه.

فصـل: فإذا بيـع من مال الشـركة عـرض على رجل بـألف درهم في ذمتـه ثم أن أحـد الشريكين قبض من المشتري حصته من الألف وذلك خمسمائة وكان لقابضهـا أن يختص بها ويبطل من الشركة بقدرها، ويجوز للشريك الآخر أن يطالب المشتري بحصته وهو ما بقي من الثمن فإن أعسر فلا رجوع لهذا الشريك على شريكه القابض أو لا بشيء مما كان قبضه.

وقال أبو حنيفة: ليس لواحد من الشريكين أن ينفرد بقبض شيء من حقه إلا وللآخر أن يشاركه فيه فلو قبض شيئاً رجع عليه الشريك بنصفه ولو كان الشريـك القابض وهب مـا قبضه لم يكن للشريك الآخر أن يرجع على الموهوب له بشيء وإن كان المال بـاقياً في يـده ورجع على الشريك الواهب بمثل حصته فيما قبضه وكل هذا عندنـا فاسـد والقابض ملك لمـا قبضه إذا كان قابضاً له من حصته وليس لشريكه عليه حجر وما في الذمة موكول إلى خيار ذي الذمة في تقديم من شاء لحقه والله أعلم.

مسألة: قَالَ الْمُزَنِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَتَى فَسَخَ أَحَدُهُمَا الشَّرِكَةُ انْفَسَخَتْ وَلَمْ يَكُنْ لِصَاحِبِهِ أَنْ يَشْتَرِي وَلَا يَبِيعَ حَتَّى يَقْسِمَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح وقد ذكرنـا أن عقد الشـركة يجـري عليه في تصـرف كل

واحد منهما في حق شريكه حكم الوكالة فيصير عقد الشركة من العقود الجائزة، دون العقود اللازمة فإذا فسخ أحدهما الشركة انفسخت لأن العقود الجائزة لكل واحد من المتعاقدين فسخها ومعنى قولنا أن الشركة قد انفسخت بمعنى أن الإذن بالتصرف قد بطل؛ لأن المال المشترك قد تميز؛ لأن تمييز المال المشترك لا يكون إلا بالقسمة وليس لواحد منهما أن يتصرف في جميع المال ببيع أو غيره ويجوز أن يتصرف في قدر حقه على الإشاعة ـ كما يجوز التصرف في المشاع.

فإن قيل: أليس للمضارب ـ إذا فسخت عليه المضاربة جاز له البيع بعد الفسخ فهلا جاز للشريك ذلك. قلنا الفرق بينهما أن حق المضارب في الربح وذلك لا يعلم إلا بالبيع فجاز أن يبيع بعد الفسخ ليعلم قدر حقه من الربح والشريك حقه في عين المال معلوم قبل البيع فلم يجز أن يبيع بعد الفسخ.

فصل: إذا كان للشريكين بعد فسخ الشركة ديون من مال الشركة في ذمم شتى فاقتسم الشريكان في الديون وأخذ كل واحد منهما بحصته فيها بعض المتعاملين لم يجز وكانت قسمة باطلة لأن القسمة إنما تصح في الأعيان دون الذمم واختار ذلك الحسن وإسحاق وليس بصحيح لما ذكرنا ويكون ما على كل واحد منهما بينهما على أصل الشركة فإذا نقص شيء منه اقتسماه إلا أن يقدم من عليه الدين أحدهما بحقه فيصح ما لم يحجر عليه بديونه والله أعلم.

مسألة: **قَالَ المُزَنِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا انْفَسَخَتِ الشَّرِكَةُ وَقَاسَمَ وَصِيُّ المَيِّتِ شَرِيكَهُ فَإِنْ كَانَ الوَارِثُ بَالِغاً رَشِيداً فَأَحَبَّ أَنْ يُقِيمَ عَلَى مِثْلِ شَرِكَتِهِ كَأَبِيهِ فَجَائِزٌ».

قال الماوردي: وهو كما قال إذا مات أحد الشريكين انفسخت الشركة بمعنى بطل الإذن بالتصرف لأن العقود الجائزة تبطل بالموت كالوكالة وإذا كان كذلك فلا يخلو أن يكون على المتوفى ديون ووصايا أو لا يكون عليه ديون ولا وصايا فإن لم يكن عليه ديون ولا وصايا فلا يخلو حال الوارث من أن يكون جائز الأمر أو غير جائز فإن كان جائز الأمر بالبلوغ والرشد فهو بالخيار في مال الشركة بين ثلاثة أشياء إما أن يقاسم عليها فتمتاز حصته فيتصرف فيها وإما أن يترك المال مشتركاً على حاله من غير أن يأذن للشريك بالتصرف فيه وإما أن يقيم على الشركة ويأذن للشريك بالتصرف فيه فيصير شريكاً كما كان شريكاً لمورثه فأي هذه الثلاثة فعل كان له ذلك سواء فيه كان فيه الحظ أو في غيره لأن من جاز أمره نفذت عقوده وإن لم يكن فيها حظ له ويختار لهذا الوارث إذا أحب المقام على الشركة أن يعلم قدر المال الذي ورثه عن ميته قبل الإذن في التصرف فيه خوفاً من ظهور دين يتعلق بالشركة فيعلم قدره

ليمتاز عما ملكه الوارث من ربحها الذي لا يتعلق بالذي له فإن لم يفعل جاز لأن التخوف من ظهور الدين ملغاً باعتبار الأصل براءة الذمة. فإن قيل الشركة عقد فكيف يصح مع الجهل بقدر المال المعقود عليه قيل إنما يلزم العلم بقدر نصيب كل واحد من الشريكين من جملة المال من نصف أو ثلث أو ربع ولا يلزم معرفة وزنه ألا ترى لو أن رجلين اشتركا ووضع أحدهما دراهم في كفه ميزان ووضع الآخر بإزائها واشتركا بها. واتجرا من غير أن يعلما وزنها صحت الشركة للعلم بحصة كل واحد منهما من الجملة كذلك الوارث في التركة.

فصل: وإن كان الوارث غير جائز التصرف إما بصغر أو جنون أو سفه فلوليه أن يفعل في مال الشركة أحظ الأمور الثلاثة للوارث فإن كان أحظ الأمور له المقاسمة عليها قاسم ولم يجز أن يستديم الشركة وإن كان أحظها له أن يأذن بالتصرف أذن ولم يجز أن يقاسم وإن كان أحظها له أن يقيم على الاشتراك بالمال من غير قسمة ولا أذن بالتصرف فعل فإن عدل عن الأحظ إلى ما ليس فيه حظ كان فعله مردوداً.

فأما إن كان على المتوفى دين فليس للوارث الرشيد ولا لولي من ليس برشيد أن يأذن للشريك بالتصرف في الشركة إلا بعد قضاء الدين كله سواء كان فيما سوى الشركة وفى بالدين أم لا لأن الدين متعلق بجميع التركة وليس للوارث أن يتصرف في شيء منها إلا بعد قضاء جميع الدين وإن كان المتوفى قد وصى بوصية في تركته فإن كانت الوصية معينة في شيء من التركة غير الدين جاز للوارث أن يتصرف في التركة ويأذن للشريك بالتصرف فيها قبل وصول الوصية إلى أربابها لأن العين الموصى بها إن بقيت فهي المستحقة في الوصية وإن تلفت فالوصية قد بطلت بخلاف الدين الذي لو بقي يسير من التركة صرف فيه وإن كانت الوصية بجزء شائع في جميع التركة، فلا يخلو أن يكون الموصى له معيناً أو غير معين فإن كان معيناً صار بقبول الوصية شريكاً في مال الشركة وكان له وللوارث الخيار في المقاسمة أو المقام على الشركة. وإن كان الموصى له غير معين فعلى الوارث مقاسمة الشريك ليوصل حصة الشريك إلى من تتناولهم الوصية.

فصل: ولو جن أحد الشريكين أو حجر عليه بسفه بطلت الشركة وفعل الولي أحظ الأمور له من القسمة أو المقام على الشركة لأن العقود الجائزة تبطل بالحجر فإما الإغماء فإن كان يسيراً لم يسقط معه فرض عبادة كانت الشركة على حالها لأنه فرض قد يطرأ كثيراً وإن كثر الإغماء حتى أسقط فرض صلاة واحدة ثم ورد وقتها بطلت الشركة.

مسألة: **قَالَ المُزَنِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَو اشْتَرَيَا عَبْداً وَقَبَضَاهُ فَأَصَابَا بِهِ عَيْباً فَأَرَادَ

أَحَدُهُمَا الرَّدَّ وَالآخَرُ الإِمْسَاكَ (قال الشافعي) ذَلِكَ جَائِزٌ لأَنَّ مَعْقُولاً أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا اشْتَرَى نِصْفَهُ بِنِصْفِ الثَّمَنِ».

قال الماوردي: وقد مضت هذه المسألة في كتاب البيوع وذكرنا أن الشريكين في العبد إذا باعاه صفقة من رجل فوجد به عيباً فله رد جميعه عليهما وله رد نصفه على أحدهما وهذا مما وافق عليه أبو حنيفة فأما إن اشترى الرجلان عبداً بينهما صفقة من رجل ثم وجداه معيباً فلهما رد جميعه على بائعه ولأحدهما رد نصفه دون شريكه ومنع أبو حنيفة أن يرد أحد الشريكين إلا مع شريكه وقد مضى الكلام عليه.

فصل: فأما إذا كان أحد المشتريين قد انفرد بعقد الشراء بوكالة صاحبه ثم وجداه معيباً فلا يخلو حال المتولي للشراء حين العقد من أن يكون قد ذكر للبائع أنه يشتريه شركة بينه وبين غيره أو لم يذكره فليس لأحدهما أن ينفرد برد النصف حتى يرد جميعه أو يمسكا جميعه لأن المشتري واحد فكانت الصفقة واحدة وإن ذكر أن الشراء بينه وبين شريكه فهل لأحدهما أن ينفرد بالرد أم لا على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة له ذلك لأن ذكر ذلك كالمباشرة.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي ليس له ذلك إلا أن يجتمعا على الرد لأن ذلك يوجب تفريق الصفقة بخلاف المباشرة ألا ترى أنه لو أنكر المذكور أنه أمره بالشراء كانت الصفقة كلها لازمة لمتولي الشراء ولو كانت صفقتين لتفرقت.

فصل: فلو كان العبد بين رجلين فوكل أحدهما صاحبه في البيع فباعه ثم وجد المشتري به عيباً فأراد رد نصفه على أحدهما نظر فإن كان متولي البيع ذكر للمشتري أنه شريك فله أن ينفرد برد نصفه على أحدهما وإن لم يذكر له أنه شريكه فعلى وجهين:

أحدهما: لا يجوز أن يفرق الصفقة برد النصف حتى يرد جميعه إن شاء لأن متولي العقد واحد فصارت الصفقة به واحدة.

والثاني: له أن ينفرد برد النصف على أيهما شاء لأن افتراق الملك من جهة البائع يوجب تفريق الصفقة. ألا ترى أنه لو أنكر الإذن لتفرقت الصفقة وصح العقد في حصة المتولي للعقد دون المدعى عليه الإذن.

فصل: وإذا كان لرجل عبد رومي ولآخر عبد تركي فوكل كل واحد منهما زيداً في بيع عبده فباع الوكيل العبدين صفقة واحدة لرجل بألف ولم يميز ثمن كل واحد منهما فقد ذكر الشافعي في من تزوج أربعة نسوة في عقد على صداق بألف ولم يذكر قسط مهر كل واحدة

منهن قولين أحدهما أن الصداق باطل ولكل واحدة منهن مهر مثلها والثاني أنه جائز وتقسط الألف بينهن على قدر مهور أمثالهن فاختلف أصحابنا في مسألة البيع فكان ابن سريج يسوي بينهما ويخرج بيع العبدين بالثمن الواحد على قولين كالصداق.

أحدهما: أن البيع فيها باطل للجهل بثمن كل واحد منهما.

والثاني: جائز ويقسط الألف على قيمة العبدين لأن ثمن كل واحد منهما قد يصير معلوماً بعد العقد وكان أبو إسحاق المروزي يبطل بيع العبدين للرجلين بالثمن الواحد قولاً واحداً وإن كان للصداق على قولين ويفرق بينهما بأن الصداق بيع لعقد النكاح الذي لم يكن للاجتماع تأثير في فساده فكان الصداق بمثابته وليس كذلك البيع لأن الثمن فيه هو المقصود والجهالة به تمنع من صحته فإذا قيل بصحة البيع على ما ذكرنا من تخريج ابن سريج كانت الألف مقسطة على قيمة العبدين وهكذا لو كان المجموع في العقد عبداً أو ثوباً فيتصرف كل واحد من البائعين في الألف بالقسط من قيمة عبده وإذا قلنا إن البيع باطل فإن صدق المشتري على ذلك أو قامت به بينة استرجع كل واحد منهما عبده ولو أنكر المشتري أن يكون العبدين إلا لمن باعه فالقول قوله مع يمينه، لأن قول البائع بعد البيع أنه غير مالك للمبيع غير مقبول فإذا حلف المشتري كان البيع في الظاهر صحيحاً وإن كان في الباطن فاسداً ثم قد أحيل بين كل واحد من المالكين وبين عبده فله أن يأخذ قيمته فإن كانت الألف بإزاء قيمة العبدين اقتسماها على القيمة وإن كانت أقل فهي مقسطة بينهما وإن كانت أكثر لم يكن لهما في الزيادة حق وليس للمشتري استرجاعها لاعترافه بصحة البيع وأنها مملوكة عليه في ثمن العبدين ولكن تقدر في يد البائعين وتدفع إلى الحاكم ليحفظها إلى أن يقع التصادق أو تقوم البينة بحقيقة الأمر والله أعلم.

مسألة: (**قَالَ المُزَنِيُّ**) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِمَا لاَ يَتَغَابَنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ كَانَ مَا اشْتَرَى لَهُ دُونَ صَاحِبِهِ وَلَوْ أَجَازَهُ شَرِيكُهُ مَا جَازَ لأَنَّ شِرَاءَهُ كَانَ عَلَى غَيْرِ مَا يَجُوزُ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح فقد ذكرنا أن الشريك في حق شريكه جار مجرى الوكيل والغبن اليسير الذي جرت عادة الناس أن يتغابنوا بمثله معفو عنه في عقده لأن الاحتراز منه متعذر فأما ما لا يتغابن الناس بمثله فغير معفو عنه في بيع الوكيل والشريك وكل نائب عن غيره من وصي وأمين فإذا اشترى الشريك بما لا يتغابن الناس بمثله لم يخل الشراء من أن يكون بغير المال أو في ذمته فإن كان الشراء في ذمته كان لازماً له دون شريكه وإن كان الشراء بغير المال كان الشراء في حق شريكه باطلاً لخروجه عن موجب الإذن سواء أجازه الشريك أو

لم يجزه لأن العقد إذا وقع فاسد لم يصح بالإجازة فأما الشراء في حصة العاقد فعلى قولين من تفريق الصفقة.

أحدهما: باطل والشركة في المال على حالها.

والثاني: جائز فعلى هذا تبطل الشركة في قدر ثمن النصف ليميزه عن المال المشترك وتكون الشركة فيما سواه باقية.

فصل: فأما إذا باع أحد الشريكين شيئاً من مال الشركة مما لا يتغابن الناس بمثله كان البيع في حصة الشريك الآخر باطلاً لا تصح بإجازته وهل يبطل في حصة البائع على قولين أحدهما قد بطلت والشركة فيه على حالها.

والثاني: أن البيع يصح في حصته وتبطل الشركة فيها لا غير ولا يكون الشريك ضامناً لحصة شريكه بالعقد فإن سلم ضمنها بالتسليم ولو كان مودعاً فباع.

قال أبو إسحاق: ضمن بالعقد وفرق بينهما بأن المودع غير مأذون له في البيع فلم يعتد به فكان بيعه تعدياً وهذا عندي ليس بشيء لأن الشريك غير مأذون له في بيع الغبية كالمودع ولو كان مأذوناً فيه لزم المالك فصار هو والمودع سواء في أن لا يلزمهما الضمان عندي إلا بالتسليم لأن فساد العقد يرفع حكم لفظه وإنما يختلفان في ضمانها بالتغلب لا بالعقد والمودع يضمن بإخراجها من الحرز لتغليب المشتري لها والشريك لا يضمن والله أعلم.

مسألة: **قَالَ المُزَنِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَأَيُّهُمَا ادَّعى فِي يَدَيْ صَاحِبِهِ مِنْ شَرِكَتِهِمَا شَيْئاً فَهُوَ مُدَّعٍ وَعَلَيْهِ البَيِّنَةُ وَعَلَى صَاحِبِهِ اليَمِينُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا كان في يد أحد الشريكين مال وادعى صاحبه أن ما في يده من هذا المال هو من مال الشركة وادعاه صاحب اليد ملكاً لنفسه فالقول فيه قول صاحب اليد مع يمينه إلا أن يقيم المدعي بينة لأن الشركة لا ترفع حكم اليد في ثبوت الملك بها وهكذا لو اشترى أحد الشريكين عبد في ثمنه غبطه فادعى الشريك الآخر أنه اشتراه في الشركة وادعى مشتريه أنه اشتراه لنفسه لا في الشركة، فالقول قول متولي الشراء مع يمينه لأن له أن يشتري لنفسه وإن كان شريكاً لغيره ولو اشترى عبداً حدث به نقص فذكر أنه اشتراه في الشركة وأنكر الآخر أن يكون الذي اشتراه إلا لنفسه فالقول فيه قول المشتري مع يمينه ويكون العبد في مال الشركة والله أعلم.

مسألة: **قَالَ المُزَنِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَأَيُّهُمَا ادَّعى خِيَانَةَ صَاحِبِهِ فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ».

قال الماوردي: أما دعواه الخيانة فغير مقنعة حتى يصفها بما يصير خائناً بها ثم يذكر

قدرها فتتم دعواهما فإن فعل ذلك وأنكر المدعى عليه فالقول قوله مع يمينه إلا أن يقيم مدعي الخيانة بيِّنة بما يدعيه لأنه أمين ولأنه بريء الذمة والله أعلم.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَأَيُّهُمَا زَعَمَ أَنَّ المَالَ قَدْ تَلفَ فَهُوَ أَمِينٌ وَعَلَيْهِ اليَمِينُ».

قال الماوردي: بسبب وصفه أو لم يصفه فالقول قوله مع يمينه إذا كان ما ادعاه من التلف ممكناً لأنه أمين فشابه المودع والوكيل فإن ذكر تلفه في يوم من شهر بعينه وحلف عليه ثم شهد شاهدان أنهما رأيا ذلك المال في يده بعينه بعد ذلك اليوم الذي ادعى تلفه فيه ففيه وجهان:

أحدهما: أن يمينه السالفة قد بطلت بهذه البينة الحادثة ويلزم غرم المال المشهود به لأن البينة العادلة أولى من يمينه.

والوجه الثاني: وبه قال أبو الفياض أن يمينه لا تبطل ولكن يسأل عن ذلك اليوم فإن ذكره مع يمينه الماضية لم يغرم وإن لم يبيِّن غرم وعلى الوجه الأول يغرم بالبينة ولا يسأل.

فصل: وإذا اشترى الشريكان سلعة وقبضاها فتلفت كان التلف من مالهما والثمن دين عليهما فإن دفعا الثمن من مال الشركة بطلت الشركة في قدر الثمن المدفوع من ثمنها ولو تلف الثمن أيضاً منهما قبل دفعه في ثمن السلعة التالفة كان الثمن ديناً في ذمتهما وللبائع أن يأخذ كل واحد منهما بحصته وليس له أن يأخذ بجميع الثمن إلا أن يكون ضامناً عن صاحبه ولكن لو كان أحدهما قد تولى الشراء دون صاحبه فللبائع أن يأخذ بجميع الثمن لتفرده بالعقد فإذا أخذه منه نظر فإن أداه من مال الشركة جاز ولا رجوع وإن أداه من مال نفسه نظر فإن فعل ذلك لأنه لم ينض من مال الشركة ما يؤدي في ذلك الثمن كان له الرجوع على شريكه بحصته منه وإن فعل ذلك مع وجوده ناضاً في مال الشركة ففي رجوعه على شريكه وجهان:

أحدهما: يرجع عليه بالنصف منه لأنه من موجبات الشركة.

والوجه الثاني: أنه لا يرجع لأن موجب الشركة أن يؤديه من مالها فصار عدوله عنه إلى مال نفسه تطوعاً منه فلم يرجع به على شريكه والله أعلم.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ: رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَأَمَرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ بِبَيْعِهِ فَبَاعَهُ مِنْ رَجُلٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَأَقَرَّ الشَّرِيكُ الَّذِي لَمْ يَبِعْ أَنَّ البَائِعَ قَدْ قَبَضَ الثَّمَنَ وَأَنْكَرَ ذَلِكَ البَائِعُ وَادَّعَاهُ المُشْتَرِي فَإِنَّ المُشْتَرِي يَبْرَأُ مِنْ نَصْفِ الثَّمَنِ وَهُوَ حِصَّةُ المُقِرِّ وَيَأْخُذُ البَائِعُ نِصْفَ الثَّمَنِ مِنَ المُشْتَرِي فَيُسَلِّمَ لَهُ وَيَحْلِف لِشَرِيكِهِ مَا قَبَضَ مَا ادَّعَى فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ صَاحِبُهُ وَاسْتَحَقَّ الدَّعْوَى».

قال الماوردي: وصورة هذه المسألة: في عبد بين شريكين أذن أحدهما لصاحبه في بيعه فباعه المأذون له على رجل بألف درهم ثم إن المشتري ادعى على البائع أنه سلم إليه الألف الثمن وأنكرها البائع وصدقه عليها الشريك الذي لم يبع فقد برىء المشتري بتصديق الشريك الذي لم يبع من حصته خمسمائة درهم لأنه معترف بقبض وكيله لها ثم القول قول الشريك البائع مع يمينه أنه لم يقبض فإذا حلف فله أن يرجع على المشتري بحصته وهي خمسمائة درهم يختص بها ويحلف لشريكه بالله أنه ما قبض حصته من المشتري لأن قول الشريك الذي لم يبع قد تضمن إقراراً على نفسه ودعوى على شريكه فكان إقراره على نفسه مقبولاً في براءة المشتري في حقه وادعائه على شريكه غير مقبول في الرجوع عليه بحصته فإن قيل ما قبضه البائع بعد يمينه يقتضي أن يكون مقسوماً بين الشريكين لأنه مقبوض من ثمن عبد مشترك بينهما لم يقتسما عليه قبل ما قبضه البائع حق له لا يجوز لشريكه أن يقاسمه عليه واختلف أصحابنا في تعليل ذلك فكان أبو إسحاق المروزي يقول العلة فيه أن الذي لم يبع بتصديق المشتري مقر بأن البائع ظالم فيما يأخذه فلم يجز أن يشاركه فيما يقر بأنه ظالم غير مستحق وكان أبو الفياض وطائفة من البصريين يقولون العلة فيه أن الذي لم يبع لما أبرأ المشتري بتصديقه صار كالقابض لحقه فكان ذلك منه فسخاً للشركة فلم يبق له في المقبوض حق يقاسم عليه فلو كان المشتري أقام على البائع بينه بدفع الثمن إليه برىء من جميعه بالبينة وكان للشريك الذي لم يبع أن يرجع على البائع بحصته ببينة المشتري من غير استئناف لها لأنه قد ثبت بها على البائع قبض الثمن كله فلو شهد على البائع شريكه الذي لم يبع ليحلف المشتري معه ففي قبول شهادته قولان مبنيان على اختلاف قوليه في تبعيض الشهادة إذا رد بعضها هل يوجب ذلك رد باقيها لأن شهادته مردودة في حصة نفسه فلو عدم المشتري البينة ونكل البائع عن اليمين فردت على المشتري فحلف برىء من الثمن كله وكان الذي لم يبع أن يرجع على البائع بحصته يمين المشتري وحده لأن اليمين بعد النكول إما أن تجري مجرى البينة أو مجرى الإقرار وكل واحد منهما يثبت الرجوع والله أعلم.

مسألة: قَالَ الْمُزَنِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَلو كَانَ الشَّرِيكُ الَّذِي بَاعَ هُوَ الَّذِي أَقَرَّ بِأَنَّ شَرِيكَهُ الَّذِي لَمْ يَبِعْ قَبَضَ مِنَ الْمُشْتَرِي جَمِيعَ الثَّمَنِ وَأَنْكَرَ ذَلِكَ الَّذِي لَمْ يَبِعْ وَادَّعَى ذَلِكَ الْمُشْتَرِي فَإِنَّ الْمُشْتَرِي يَبْرَأُ مِنْ نِصْفِ الثَّمَنِ بِإِقْرَارِ الْبَائِعِ أَنَّ شَرِيكَهُ قَدْ قَبَضَ لأَنَّهُ فِي ذَلِكَ أَمِينٌ وَيَرْجِعُ الْبَائِعُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالنِّصْفِ الْبَاقِي فَيُشَارِكُهُ فِيهِ صَاحِبُهُ لأَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ عَلَى حِصَّةِ مِنَ الشَّرِكَةِ تُسَلَّمُ إِلَيْهِ إِنَّمَا يُصَدَّقُ فِي أَنْ لَا يَضْمَنُ شَيْئاً لِصَاحِبِهِ فَأَمَّا أَنْ يَكُونَ فِي يَدَيْهِ بَعْضُ مَالٍ بَيْنَهُمَا فَيَدَّعِي عَلَى شَرِيكِهِ مُقَاسَمَةً يَمْلِكُ بِهَا هَذَا الْبَعْضَ خَاصَّةً فَلَا يَجُوزُ وَيَحْلِفُ لِشَرِيكِهُ فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ شَرِيكُهُ وَاسْتَحَقَّ دَعْوَاهُ».

قال الماوردي: وصورتها كالمسألة الأولى في العبد المشترك إذا باعه أحد الشريكين بإذن صاحبه إلا أن المشتري في هذه المسألة يدعي تسليم الثمن إلى الشريك الذي لم يبع ويصدقه عليه الشريك الذي باع وينكر من لم يبع أن يكون مأذوناً له إذن أحد الشريكين لصاحبه أم لا فإن كان مأذوناً له أذن كل واحد منهما لصاحبه فالجواب فيه ما مضى في المسألة الأولى من براءة المشتري من نصف الثمن بتصديق البائع أن شريكه النائب عنه قبض الثمن منه ويكون القول قول من لم يبع مع يمينه بالله أنه ما قبض وله الرجوع على المشتري بحصته على ما وصفنا من قبل سواء. وإن كان غير مأذونٍ له في القبض فالقول قوله مع يمينه بالله أنه لم يقبض ثم لا يبرأ المشتري من شيء لأن البائع وإن صدقه على تسليم حقه إلى شريكه فقد سلمه إلى غير مستحقه ثم قد بطلت وكالة البائع في حق الذي لم يبع لأن إقراره عليه بالقبض يتضمن إبطال وكالته فيه وعلى المشتري أن يسوق إليهما ألفاً، خمسمائة إلى البائع وخمسمائة إلى الذي لم يبع فإن ابتدأ ودفع إلى الذي لم يبع خمسمائة لم يكن للبائع أن يشاركه فيها لأنه يقر بأن المشتري مظلوم بها وإن بدأ المشتري ودفع إلى البائع خمسمائة كان للذي لم يبع أن يشاركه فيها إن شاء وله أن لا يشاركه فيها ويرجع على المشتري بكل حصته إن شاء فإن أحب أن يرجع على المشتري كان له ذلك. ويكون المشتري دافعاً الألف خمسمائة منها إلى البائع وخمسمائة إلى الذي لم يبع وإن أحب أن يشاركه البائع فيما أخذ فذلك له لأن المال مشتركاً لم يقتسما عليه والبائع غير مصدق على شريكه في إبطال الشركة فيه فإذا أخذ من البائع نصف ما أخذه وذلك مائتان وخمسون فله أن يستوفي من المشتري تمام حقه وذلك مائتان وخمسون تمام خمسمائة وليس للبائع بعد رجوع شريكه عليه بنصف ما أخذه أن يرجع على المشتري به لأنه مقر باستيفاء ما عليه وإن لم يأخذ منه بعد ذلك يحكم فيصير المشتري غارماً لسبعمائة وخمسين منها خمسمائة دفعها إلى البائع فشاركه فيها الذي لم يبع ومائتان وخمسون دفعها إلى الذي لم يبع فلو أراد المشتري أن يستشهد بالبائع على الذي لم يبع كانت شهادته مردودة عليه لأنه فيها متهم بما يدفع عن نفسه من رجوع شريكه عليه بما يأخذه.

فصل: فأما المزني فإنه نقل في هذه المسألة أن المشتري إن صدق البائع في دفع الألف إلى الذي لم يبع أنه يبرأ من خمسمائة كالمسألة الأولى فاختلف أصحابنا في نقله عن هذا الجواب فكان أبو إسحاق المروزي ينسبه إلى الغلط وأنه نقل جواب محمد بن الحسن فيها لأن من مذهبه أن إقرار الوكيل على موكله مقبول ولا يجيء هذا الجواب على مذهب الشافعي لأن إقرار الوكيل على موكله غير مقبول فكان ذلك غلطاً من المزني وسهواً. وقال أبو علي بن أبي هريرة النقل صحيح والجواب مستقيم وتأويله أن المشتري يبرأ من خمسمائة في

مطالبة البائع بها لبطلان وكالته فيها ولا يبرأ منها في حق من لم يبع فكان جوابه في براءة المشتري محمولاً على هذا التأويل والذي عندي أن نقل المزني صحيح وأن براءة المشتري من النصف براءة تامة غير أن مسألة المزني محمولة على الشريكين المأذون لكل واحد منهما من صاحبه فيبرأ المشتري بإقرار كل واحد من الشريكين على صاحبه بالقبض سواء كان بائعاً أو غير بائع فإن أمكن حمل جوابه على الصحة فلا وجهة لتخطئته فيه كما فعل أبو إسحاق وإن أمكن إبراء المشتري منها فلا وجه لحمله على إبطال الوكالة فيها كما نقل ابن أبي هريرة والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَالَ الْمُزَنِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ**: «وَإِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَغَصَبَ رَجُلٌ حِصَّةَ أَحَدِهِمَا ثُمَّ إِنَّ الغَاصِبَ وَالشَّرِيكَ الآخَرَ بَاعَا العَبْدَ مِنْ رَجُلٍ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ فِي نَصِيبِ الشَّرِيكِ البَائِعِ وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الغَاصِبِ وَلَوْ أَجَازَهُ المَغْصُوبُ لَمْ يَجُزْ إِلَّا بِتَجْدِيدِ بَيْعٍ فِي مَعْنَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا كان عبد مشترك بين نفسين غصب رجل حصة أحدهما ثم اتفق الغاصب والشريك الآخر على بيع العبد صفقة على رجل كان البيع في الحصة المغصوبة باطلاً لأنه باعها فيمن لا يستحق بيعها بملك ولا نيابة فلو أجازها المالك لم يصح البيع فيها إلا بتجديد عقد عليها لأن العقد إذا وقع فاسداً لم يصح إلا بالإجازة وأما البيع في حصة الشريك الآخر فجائز قولاً واحداً ولا يخرج على تفريق الصفقة لأن العقد من الاثنين في حكم العقد بين المنفردين وإذا انفرد العقد إن لم يكن فساد أحدهما موجباً لفساد الآخر ولكن لو أن الغاصب وكل الشريك في بيعة فانفرد الشريك في بيعة أو كان الشريك قد وكل الغاصب في بيع حصته فانفرد الغاصب ببيع جميعه كان البيع في الحصة المغصوبة باطلاً وهل يبطل في حصة الشريك المملوكة على قولين من تفريق الصفقة والله أعلم بالصواب.

كِتَابُ الوكَالَةِ

مسألة: **قَالَ المُزَنِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَابْتَلُوا اليَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً﴾ الآيَةَ فَأَمَرَ بِحِفْظِ أَمْوَالِهِمْ حَتَّى يُؤْنَسَ مِنْهُمْ الرُّشْدُ وَهُوَ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ أَنْ يَكُونَ بَعْدَ البُلُوغِ مُصْلِحاً لِمَالِهِ عَدْلاً فِي دِينِهِ وَقَالَ تَعَالَى ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لاَ يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ وَوَلِيُّهُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ هُوَ القَيِّمُ بِمَالِهِ (قَالَ المُزَنِيُّ) فَإِذَا جَازَ أَنْ يَقُومَ بِمَالِهِ بِتَوْصِيَةِ أَبِيهِ بِذَلِكَ إِلَيْهِ وَأَبُوهُ غَيْرُ مَالِكٍ كَانَ أَنْ يَقُومَ فِيهِ بِتَوْكِيلِ مَالِكِهِ أَجْوَزَ وَقَدْ وَكَّلَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَقِيلاً (قَالَ المُزَنِيُّ) وَذُكِرَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ هَذَا عَقِيلٌ مَا قُضِيَ عَلَيْهِ فَعَلَيَّ وَمَا قُضِيَ لَهُ فَلِي (قَالَ الشَّافِعِيُّ) وَلاَ أَحْسَبُهُ كَانَ يُوَكِّلُهُ إِلاَّ عِنْدَ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ وَلَعَلَّهُ عِنْدَ أَبِي بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَوَكَّلَ أَيْضاً عَنْهُ عَبْدَ اللَّهِ ابْنَ جَعْفَرٍ عِنْدَ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَعَلِيٌّ حَاضِرٌ فَقَبِلَ ذَلِكَ عُثْمَانُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

والأصل في جواز الوكالة الكتاب والسنة والوفاق والعبرة فأما الكتاب فهو ما استشهد به المزني من الآيتين وهو قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا اليَتَامَى﴾[النساء: ٦].

والثانية قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لاَ يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ووجه الدلالة منها أنه لما جاز نظر الأولياء ونظرهم إنما يكون بتوصية أب أو تولية حاكم وهما لا يملكان كان توكيل المالك في ملكه أجوز.

ومنه قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى المَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَاماً فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ﴾[الكهف: ١٩] فلما أضاف الورق إلى جميعهم رجل لهم استنابة أحدهم دل على جواز الوكالة وصحة الاستنابة وفي قوله تعالى: ﴿فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَاماً﴾ [الكهف: ١٩] ثلاثة تأويلات.

أحدها: أنها أكثر طعاماً وهذا قول عكرمة.

والثاني: أنها أحل طعاماً وهذا قول سعيد بن جبير.

والثالث: أنها خير طعاماً وهذا قول قتادة.

وفي قوله فليتلطف تأويلان:

أحدهما: فليسترخص.

والثاني: وليتلطف في إخفاء أمركم فلا يشعرن بكم أحداً.

ومنه قوله تعالى حكاية عن قول يوسف للعزيز: ﴿اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ﴾ [يوسف: ٥٥] أي وكلني على خزائن الأرض.

ومنه قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء:] والحكم وكيل وأما السنة فما رواه قتادة عن الحسن عن عقبة بن عامر أن رسول الله ﷺ قال: «إِذَا نَكَحَ الْوَلِيَّانِ فَالأَوَّلُ أَحَقُّ وَإِذَا بَاعَ المجِيْزَانِ فَالأَوْلِ أَحَقُّ»[١].

قال الشافعي: فيه دلالة على أن الوكالة في النكاح والبيع جائزة وروى شبيب بن عروة عن الحسن عن عروة البارقي قال أَعْطَاهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ دِينَاراً لِيَشْتَرِي بِهِ أُضْحِيَةً فَاشْتَرَى شَاتَيْنِ وَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ وَأَتَاهُ بِشَاةٍ وَدِينَارٍ فَدَعَا لَهُ بِالْبَرَكَةِ فِي بَيْعِهِ فَكَانَ لَوْ اشْتَرَى تُرَاباً لَرَبِحَ فِيهِ[٢].

وروى أبو الحصين عن شيخ من أهل المدينة عن حكيم بن حزام أن رسول الله ﷺ بَعَثَ مَعَهُ بِدِينَارٍ لِيَشْتَرِي لَهُ أُضْحِيَةً فَاشْتَرَاهَابِدِينَارٍ وَبَاعَهَا بِدِينَارَيْنِ فَرَجَعَ فَاشْتَرَى أُضْحِيَةً بِدِينَارٍ وَجَاءَ بِدِينَارٍ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَتَصَدَّقَ بِهِ ودَعَا لَهُ أَنْ يُبَارِكَ لَهُ فِي تِجَارَتِهِ[٣].

وروى أبو نعيم وهب بن كيسان عن جابر قال: أردت الخروج إلى خيبر فأتيت النبي ﷺ وقلت: إني أريد الخروج إلى خيبر فقال: إِذَا أَتَيْتَ وَكِيلِي فَخُذْ مِنْهُ خَمْسَةَ عَشَرَ وَسْقاً فَإِنِ ابْتَغَى مِنْكَ آية فَضَعْ يَدَكَ عَلَى تَرْقُوَتِهِ[٤].

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن ٧/١٣٩ والحاكم في المستدرك ٢/١٧٥ عن الحسن عن سمرة مرفوعاً وأخرجه أحمد في المسند ٥/٨ والدارمي ٢/٣٩ وأبو داود ٢/٥٧١ كتاب النكاح (٢٠٨٨) والترمذي ٣/٤١٨ كتاب النكاح (١١١٠) والنسائي٧/٣١٤ وابن ماجة ٢/٧٣٨ كتاب التجارات (٢١٩٠) والطبراني في الكبير ٧/٢٦٩.

(٢) أخرجه البخاري ٦/٣٧١ كتاب المناقب (٣٦٤٢) وأبو داود (٣٣٨٥) والترمذي (١٢٥٨) وابن ماجة (٢٤٠٢) وأحمد في المسند ٤/٣٧٦.

(٣) أخرجه أبو داود ١/٢٧٦ كتاب البيوع (٣٣٨٦) وقال الحافظ في التلخيص: قال المنذري والنووي إسناده صحيح لمجيئه من وجهين. انظر التلخيص ٣/٥.

(٤) أخرجه أبو داود ٤/٤٧ كتاب الأقضية (٣٦٣٢) والدارقطني ٤/١٥٤ والبيهقي في السنن ٦/٨٠ وقال ابن الملقن ٢/٩٤ بعد عزوه لأبي داود: وفي سنده ابن إسحاق وعنعنه وذكره الشيخ في الإلمام.

وروي أن رسول الله ﷺ وكل أبا رافع في تزويج ميمونة بنت الحارث(١). ووكل عمرو بن أمية الضمري في تزويج أم حبيبة بنت أبي سفيان(٢).

وروي أن علي بن أبي طالب عليه السلام وكل أخاه عقيلاً وقال إن للخصومات قحماً وإنها لتخلف وإن الشيطان يحضرها وإني إن حضرت خفت وأن أغضب إن غضبت خفت ألا أقول حقاً وقد وكلت أخي عقيلاً فما قضي عليه فعليَّ وما قضي له فلي.

قال الشافعي ولا أحسبه كان توكيله إلا عند عمر بن الخطاب ولعل عند أبي بكر الصديق.

وروي أن علياً رضي الله عنه وكل عبد الله بن جعفر عند عثمان لما كبر عقيل في شرب كان ينازع طلحة بن عبيد الله فركب عثمان في نفر من الصحابة رضي الله عنهم إلى الموضع الذي كانا يتحاكمان فيه حتى أصلح بينهما في الشرب فصار هذا إجماعاً منهم على جواز الوكالة.

ولأن الوكالة معونة إما لمن أحب صيانة نفسه عن البذلة فيها وإما لمن عجز عن القيام بها وكلا الأمرين مباح وحاجة الناس إليه أشد ماسة.

فصل: فإذا ثبت جواز الوكالة فالوكالة في اللغة اسم ينطلق على الحفظ والمراعاة لما على الوكيل من حفظ كل فيه ومنه قوله تعالى: ﴿أَم مَن يَكُونُ عَلَيْهِمْ وَكِيلاً﴾ [النساء: ٣٩] أي حفيظاً.

وقال تعالى: ﴿حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الوَكِيلِ﴾ [آل عمران: ١٧٣] أي الحفيظ.

ولأن الوكالة في الشرع: إنما هي إقامة الوكيل مقام موكله في العمل المأذون فيه.

مسألة: **قَالَ المُزَنِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَلِلنَّاسِ أَنْ يُوكِلُوا فِي أَمْوَالِهِمْ وَطَلَبِ حُقُوقِهِمْ وَخُصُومَاتِهِمْ وَيُوصُوا بِتَرِكَاتِهِمْ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

وجملة الوكالة أنها لا تتم إلا بثلاثة أشياء: ـ بموكل، ووكيل، وموكل فيه.

فبدأ المزني بما يصح فيه التوكل، فيبدأ بتفضيله، ثم يذكر الفصلين الآخرين بعده، حيث ذكر.

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٦/٣٩٣ والترمذي (٨٤١) ومالك في الموطأ ١/٢٥٣ مرسلاً.

(٢) قال ابن الملقن في الخلاصة ٢/٩٤ ذكره البيهقي في خلافياته. انظر تلخيص الحبير ٣/٥٠.

وجملة الأعمال أنها تنقسم أربعة أقسام: ـ

قسم يجوز فيه التوكيل مع العجز والقدرة.

وقسم لا يجوز التوكيل فيه، مع العجز والقدرة،

وقسم يجوز التوكيل فيه مع العجز، ولا يجوز مع القدرة.

وقسم لا يجوز التوكيل فيه مع القدرة، واختلفوا في جواز التوكيل فيه مع العجز.

فأما القسم الأول، وهو ما يجوز التوكيل فيه، مع القدرة، والعجز فهو ما كان من حقوق الأموال، أو ما يجري مجرى الأموال.

فأما حقوق الأموال فمنها ما كان من حقوق الله تعالى كالزكوات والكفارات يجوز التوكيل في إخراجها، وتفرقتها.

ومنها ما كان من حقوق الآدميين فتارة تكون عقداً كالبيع والإجارة وتارة تكون نقداً كالقرض والحوالة وتارة يكون رفقاً كالعارية والوديعة، وتارة يكون تركاً كالإبراء والمسامحة، وتارة يكون أخذاً كالقبض والمطالبة وتارة يكون فضلاً كالشركة والمضاربة وتارة يكون عملاً كالبناء والعمارة فحقوق الأموال تتنوع على هذه الأحوال السبع والتوكيل في جميعها جائز.

وأما ما يجري مجرى الأموال فتارة يكون عقداً كالنكاح والرجعة وتارة يكون حلاً كالطلاق والعتق، وتارة يكون استيثاقاً كإثبات الحجج والبينات والدعاوي والمخاصمات فهذا كله يجوز فيه التوكيل إلا استيفاء الحدود وإثباتها على ما سيأتي بيانه.

فصل: وأما القسم الثاني وهو ما لا يجوز التوكيل فيه مع القدرة والعجز، فهو ما كان من العبادات التي وضعت إخلاصاً كالصلاة أو زجراً كالأيمان واللعان.

فأما الطهارة فتنقسم ثلاثة أقسام:

قسم يجوز فيه التوكيل والنيابة وهو إزالة النجاسة.

وقسم لا يجوز فيه التوكيل وهو رفع الحدث لأن المقصود منه الإخلاص والعمل بالنية فلو أن رجلاً أمر على أعضاء رجل بأمر ونوى المغسول أعضاؤه الطهارة للصلاة جاز ولم تكن هذه وكالة وكانت معونة كما يعاونه باستقاء الماء وبإعارة ثوب.

والقسم الثالث من الطهارة ما سقط فرضه بفعل الغير من غير أن يكون وكالة وهو غسل الميت وهو فرض على الكفاية.

فإذا فعله أحدهم أسقط به الفرض عن غيره وإن لم يكن وكيلاً. ومن هذا القسم اختيار

الزوجات في من أسلم عن أكثر من أربع نسوة لا تصح فيه الوكالة لأنه موقوف على شهوات النفوس. والله أعلم.

فصل: والقسم الثالث ما يجوز فيه التوكيل مع العجز ولا يجوز مع القدرة وهو الحج والعمرة وقد مضى من حكم النيابة فيهما ما يغني عن زيادة فيه ويكون ركعتي الطواف يفعلها النائب تبعاً لأركان الحج وإن كانت الصلاة مما لا تصح فيها النيابة والله أعلم.

فصل: وأما القسم الرابع وهو ما لا يجوز التوكيل مع القدرة واختلف قوله في جواز التوكيل فيه مع العجز فهو الصيام فإن من وجب عليه الفرض حياً لم يجز الصيام عنه سواء كان عاجزاً أو مطيقاً، وإن كان ميتاً كان الشافعي يقول في القديم يجوز الصيام عنه لخبر روي فيه ورجع عنه في الجديد، ومنع من الصيام عنه لضعف الخبر واحتمال التأويل فيه إن صح.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فلا بد في عقد الوكالة من لفظ تنعقد به الوكالة وأن يكون مقارناً لذكر ما وقعت فيه الوكالة ثم قبول الوكالة فتتم الوكالة بهذه الشروط الثلاثة شرطانِ منها من جهة الموكل وهما: اللفظ بالوكالة وذكر الموكل فيه.

والثالث: من جهة الوكيل وهو القبول

فأما الشرط الأول وهو لفظ العقد فينقسم ثلاثة أقسام: ـ

قسم هو صريح العقد.

وقسم هو مقصود العقد.

وقسم يخرج من الأمرين فلا يكون صريحاً ولا مقصوداً.

فأما صريح العقد فهو أن يقول قد وكلتك وأنت وكيلي أو قد جعلتك لي وكيلاً فيصح عقد الوكالة بهذا اللفظ لكونه صريحاً فيه لمفهوم المراد به.

وأما مقصود العقد فهو أن يقول قد أقمتك مقامي أو قد جعلتك نائباً عني فيصح عقد الوكالة بهذا اللفظ أيضاً لأن هو المقصود باللفظ، والصريح فيها فكان أحق بصحة العقد، وهكذا لو قال قد استنبتك صح العقد لأن الوكالة نيابة، ولكن لو قال سأوكلك لم يصح لأنه محتمل وهكذا لو قال أوكلك لأنه موعد.

وأما الخارج عن الأمرين من صريح ومقصود فهو أن يقول: قد عولت عليك فلا يصح عقد الوكالة لاحتماله أن يكون معولاً على رأيه أو معونته أو نيابته.

وهكذا لو قال: قد اعتمدت عليك أو استكفيت إلى ما جرى مجرى ذلك من الألفاظ المحتملة لا يصح العقد بها إلا أن يضم إليها أحد ألفاظ القسمين الأولين فيصح.

فصل: وأما الشرط الثاني: وهوَ ذكر ما وكل فيه فينقسم ثلاثة أقسام: -

قسم يكون عاماً في الأحوال كلها.

وقسم يكون خاصاً في حال بعينها.

وقسم يكون عاماً في وجه وخاصاً في وجه.

فأما القسم الأول: وهو العام في الأحوال كلها فصورته أن يقول: قد وكلتك في كل شيء أو قد وكلتك بكل قليل وكثير أو قد وكلتك في فعل ما رأيته صلاحاً في مالي. فهذه وكالة باطلة للجهل بها ومضادة الاحتمال فيها لأنه قد يحتمل التوكيل في حفظ القليل والكثير ويحتمل بيع القليل والكثير وهما ضدان متباينان فبطلت الوكالة من أجله **وأما القسم الثاني** وهو الخاص في حال بعينها فصورته أن يقول: قد وكلتك في بيع هذا العبد أو في شراء هذه الدار أو في اقتضاء هذا الدين أو في تثبيت هذه الوصية أو في مخاصمة هذا المدعي فتصح الوكالة خصوصاً في المأذون فيه دون غيره

وهذا ما وافق عليه أبو حنيفة وإن خالف في الوصية فإن أبا حنيفة يجعل الوصي في شيء وصياً في كل شيء ولا يجعل الوكيل في شيء وكيلاً في كل شيء وعند الشافعي أنهما سواء، في أن عملهما مقصور على المأذون فيه دون غيره.

وأما القسم الثالث: وهو العام من وجه الخاص من وجه فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون خصوصة بجعل العموم معلوماً فتصبح فيه الوكالة كقوله قد وكلتك في بيع كل قليل وكثير من مالي لأن تخصيص البيع قد جعل المراد بعموم ماله معلوماً.

والضرب الثاني: أن لا يصير العموم بما ذكره من التخصيص معلوماً فالوكالة فيه باطلة كقوله قد وكلتك في شرى ما رأيت بكل قليل وكثير من مالي لأن جنس ما يشتريه بماله لا يصير معلوماً فبطلت الوكالة فيه.

وهكذا لو قال اشتر لي بهذا الألف ما رأيت من العروض أو ما علمت فيه حظاً من الإبراء كانت الوكالة فيه باطلة إلا أن يكون مقصوده طلب الربح دون التمليك.

فيجوز كالمضاربات فإن قيل أليس لو دفع في المضاربة مالاً يشتري به العامل ما رأى فيه صلاحاً جاز فهلا جاز مثله في الوكالة؟ قيل الفرق بينهما أن المقصود في المضاربة طلب الربح فلا يؤثر فيه اختلاف الأجناس فكان المقصود معلوماً فصح. والمقصود في الوكالة تملك العين المشتراة وإطلاق ذلك مع اختلاف الأجناس لا يجعل المقصود منها معلوماً

فبطل فعلى هذه الأصول يكون جواب ما تضمنه الموكل فاعتبره بها يتقرر لكل الحكم فيه فعلى هذا لو قال له: قد وكلتك في شراء عبد لم يصح حتى يصفه بما يتميز للوكيل مراده في العبد من ذكر جنسه ونوعه ولا يحتاج إلى ذكر صفته المستحقة في السلم لأنه يضيق على الناس فلو قال له قد وكلتك في شراء من رأيت من العبيد أو في شراء ما رأيت من الخيل لم يجز لاختلاف العبيد والخيل وجهل الوكيل بالمقصود منها وهكذا لو قال:

بع من رأيت من عبيدي أو بع ما رأيت من خيلي، لم يجز سواء ذكر العدد أو لم يذكر حتى يتميز المبيع والمشترى من غيره بصفة أو إشارة وقال بعض أصحابنا: يجوز أن يوكله في شراء عبد أو ثوب وإن لم يشر إلى صفاته اعتماداً على رأي وكيله الموكل ولا يجوز على المذهب الأول عقد الوكالة وبيان الوكيل حتى يقترن به على الفور والله أعلم بالصواب.».

فصل: وأما الشرط الثالث وهو قبول الوكيل فهو على التراخي ما لم يتعين زمان العمل الذي وكل فيه فإن تعين زمانه وخيف فواته كان قبول الوكالة على الفور وكذلك لو عرضها الحاكم عليه عند ثبوتها عنده صار قبولها على الفور أيضاً وقبولها فيما سوى هذين على التراخي.

وقال أبو حامد المروزي: قبول الوكالة على الفور لأنها عقد فجرت مجرى سائر العقود.

وهذا خطأ من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الوكالة له إذن بالتصرف فلم يحتج إلى تعجيل القبول كما لو أذن له في بيع أو شراء.

والثاني: أن الوكالة نيابة كالوصية ثم جاز أن يكون القبول في الوصية على التراخي وكذلك الوكالة.

والثالث: أنه لو وكله بمكاتبة جاز لو وقع في نفسه صحة الكتاب أن يكون قبوله على التراخي فكذلك في المشافهة.

فإذا استكمل هذه الشروط فقد تمت الوكالة سواء أشهد الموكل على نفسه بها أم لا. لأن الشهادة إنما هي حجة في ثبوت وكالته وليست شرطاً في صحتها.

فلو كان الوكيل غائباً في وقت الوكالة، فشهد بوكالته شاهدان عند الحاكم فإن صدقها جاز له قبولها والعمل بها وإن لم يقع في نفسه صدقها لم يجز أن يعمل بها وليس قبول الحاكم لها بمعنى عن تصديقه.

ولو ردها الحاكم لمعنى أوجب رد شهادتهما ووقع في نفس الوكيل صدقهما جاز له

قبولها والعمل بها وليس رد الحاكم لها بمانع من عمل الوكيل بقولهما لأن قولهما عنده خبر وعند الحاكم شهادة.

فإذا سأل الوكيل موكله أن يشهد على نفسه بوكالته نظر فإن كانت الوكالة فيما إذا جحدها الموكل تعلق بالوكيل فيها زائدة ضمان كالبيع إن لزمه الموكل لزمه الوكيل ضمان ما أقبض من المبيع أو كالشرى إن جحده الموكل لزم الوكيل المشتري أو كفيل الأموال يلزمه مع الجحود الضمان أو كقضاء الديون يلزمه مع الجحود غرم ما قضى. فواجب على الموكل مع بقائه على الوكيل أن يشهد على نفسه بالوكالة.

وإن كانت الوكالة فيما إن جحده الموكل لم يتعلق بالوكيل فيها ضمان كالوكالة في إثبات الحقوق والمطالبة بالشفعة ومقاسمة الشركاء لم يجب على الموكل أن يشهد على نفسه بالوكالة ثم لا يجوز عقد الوكالة على أجل أو شرط لأن تعليق الوكالة بالشروط والآجال فاسدة. فإذا قال: إذا جاء رأس الشهر فقد وكلتك في بيع داري كانت الوكالة باطلة لعقدها إلى أجل ولو قال قد وكلتك في بيع داري إذا جاء رأس الشهر جاز، لأنه عجل عقد الوكالة وإنما جعل رأس الشهر محلاً لوقت البيع.

وهكذا لو قال إن شاءت زينب فقد وكلتك في طلاقها لم يجز، ولو قال وكلتك في طلاق زينب إن شاءت جاز.

فصل: فإذا ثبت ما وصفناه فقد ينقسم ما تضمنته الوكالة ثلاثة أقسام: -

أحدها: ما كان عمل الوكيل فيه مقصوراً على ما تضمنته الوكالة دون مقصوده، وهو ما لم يكن مقصوده واجباً على الموكل كالتوكيل في إثبات الحد والقصاص فلا يجوز للوكيل أن يستوفي الحد والقصاص بعد إثباته لأن استيفاءه غير واجب على موكله.

وهكذا لو وكله في المطالبة بدين لم يكن له قبضه بعد المطالبة وإن وكله في المخاصمة في دار يدعيها لم يكن له قبضها ولو وكله في إثبات منفعة يستحقها لم يكن له انتزاعها وكان عمل الوكيل في هذه الأحوال كلها مقصوراً على ما تضمنه الإذن.

وأما القسم الثاني: ما كان عمل الوكيل فيه متجاوزاً إلى ما تضمنته الوكالة من مقصوده وهو ما كان مقصوده واجباً على الموكل كالتوكيل في بيع أو شري فله إذا عقد البيع أن يسلم المبيع ويتسلم الثمن وإن لم يصرح له الموكل به لأن عقد البيع أوجب عليه تسليم ما باعه وهو مندوب إلى أن لا يسلم المبيع إلا بعد قبض ثمنه فلذلك جاز أن يتجاوز ما تضمنه العقد إلى تسليم المبيع وقبض ثمنه.

وهكذا لو وكله في شرى سلعة جاز له أن يقبضها ويدفع ثمنها لأن عقد الشرى قد أوجب عليه دفع الثمن وهو مندوب إلى أن لا يدفع الثمن إلا بعد قبض المبيع.

فإن وكله في بيع على أن لا يقبض الثمن من المشتري صحت الوكالة ولم يكن له قبض الثمن. ولو وكله فيه على أن لا يسلم المبيع كان في الوكالة وجهان: ذكرهما أبو علي الطبري في إفصاحه **أحدهما** تصح الوكالة كما لو نهاه عن قبض الثمن فإذا أخذ بتسليم المبيع أخذ به الموكل.

والوجه الثاني: أن الوكالة باطلة لأن إقباض المبيع من لوازم البيع فإذا نهاه عنه بطل التوكيل في سببه.

والقسم الثالث: ما اختلف المذهب فيه هل يكون عمل الوكيل مقصوراً على ما تضمنه الإذن أو تجوز له المجاوزة إلى ما أدى إليه وهو ما لا يتمكن من عمل المأذون فيه إلا به كالوكالة في مقاسمة في دار وقبض الحصة منها إذا جحد الشريك هل يجوز للوكيل المخاصمة فيها وإثبات الحجج والبينات عليها؟ وكالوكالة في قبض دين إذا جحده المطلوب هل يجوز للوكيل مخاصمته وإثبات البينة عليه؟ فيه قولان حكاهما ابن سريج تخريجاً:

أحدهما: ليس له ذلك ويكون مقصود العمل على ما تضمنه صريح الإذن لأن ما يجاوزه ليس بواجب فيه فشابه القسم الأول.

والقول الثاني: يجوز له ذلك لأنه لا يصل إلى العمل المأذون فيه إلا به فصار بواجباته أشبه كالقسم الثاني والله أعلم.

مسألة: **قَالَ المُزَنِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ**: «وَلاَ ضَمَانَ عَلَى الوُكَلاَءِ وَلاَ عَلَى الأَوْصِيَاءِ وَلاَ عَلَى المُودِعِينَ وَلاَ عَلَى المُقَارِضِينَ إِلاَّ أَنْ يَتَعَدُّوا فَيَضْمَنُوا».

قال الماوردي: وهذا كما قال الأيدي في أموال الغير ثلاثة أقسام: ـ يد ضامنة ويد أمينة ويد اختلف قول الشافعي فيها هل هي ضامنة أو أمينة. فأما اليد الضامنة فيد الغاصب والمستعير والمساوم والمشتري والمستقرض وكل هؤلاء يلزمهم ضمان ما هلك بأيديهم وإن كان هلاكه بغير تعديهم لأنهم من بين متعد بيده أو معارض على ما في يده.

وأما اليد الأمينة فيه الوكيل والمضارب والشريك والمودع والمستأجر والمرتهن فهؤلاء كلهم لا ضمان عليهم ما لم يتعدوا ويفرطوا لأنه ليس فيهم متعد بيده ولا معاوض على غير وأما اليد المختلف فيها فيد الأجير المشترك إذا هلك بيده ما استؤجر على عمله من غير تفريط فيه ولا تعد عليه. ففيه قولان:

أحدهما: أنها يد ضامنة يلزمها ضمان ما هلك فيها كالمستعير.

والقول الثاني: أنها يد أمينة لا ضمان فيما هلك فيها كالمودع.

فصل: فإذا تقرر هذا فالوكيل أمين فيما بيده لموكله ولا ضمان عليه إن هلك لأمرين:

أحدهما: أن الموكل قد أقامه فيه مقام نفسه وهو لا يلتزم ضمان ما بيده فكذلك الوكيل الذي هو بمثابته.

والثاني: أن الوكالة عقد إرفاق ومعونة وفي تعلق الضمان بها ما يخرج عن مقصود الإرفاق والمعونة فيها. وسواء كانت الوكالة بعوض أو غير عوض فكان أبو علي الطبري يقول: إذا كانت بعوض جرت مجرى الأجير المشترك فيكون وجوب الضمان على قولين. وهذا ليس بصحيح لأنها إذا خرجت عن حكم الإجارة في اللزوم خرجت عن حكمها في الضمان والله أعلم.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَالتَّوْكِيلُ مِنْ كُلِّ مُوَكِّلٍ مِنْ رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ تَخْرُجُ أَوْ لَا تَخْرُجُ بِعُذْرٍ أَوْ غَيْرِ عُذْرٍ».

قال الماوردي: اعلم أنَّ الكلام في هذه المسألة يشتمل على فصلين:

أحدهما: في الخلاف المتعلق بها.

والثاني: في شرح المذهب فيها.

فأما الخلاف المتعلق بها فتقديمه أولى ليتمهد عليه المذهب مشروحاً والخلاف فيها في فصلين:

أحدهما: أن المرأة يجوز أن توكل في المخاصمة خضيرة كانت أو برزة وقال أبو حنيفة: يجوز الخضرة التي لا تبرز أن توكل ولا يجوز للبرزة التي تظهر للناس أن توكل.

والثاني: أن الرجل يجوز أن يوكل في المخاصمة حاضراً كان أو غائباً معذوراً كان أو غير معذور.

وقال أبو حنيفة: يجوز للغائب والحاضر المعذور أن يوكل ولا يجوز للحاضر غير المعذور أن يوكل.

واستدل أبو حنيفة عليها لتقارب الخلاف بينهما بقول تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ﴾ [النور: ٤٨] ومن امتنع عن الحضور بالوكالة كان معرضاً عن الإجابة.

وبما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب في عهده إلى أبي موسى الأشعري آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك،وفي مقابلة الخصم بالوكيل عدم المساواة بين الخصمين ولأن حضور الخصم حق من حقوق المدعي بدلالة ما يستحقه من ملازمة للخصومة ومنعه من اشتغاله وفي امتناعه عن الحضور بالتوكيل إسقاط لحق المدعي من الحضور ولأن جواب الدعوى مستحق على المدعى عليه وقد يكون الجواب تارة إقراراً وتارة

إنكاراً والوكيل يقوم مقامه في الإنكار دون الإقرار. فلم يجز أن يبطل بالتوكيل حقه في أحد الجوابين وما قد يستحقه من اليمين التي لا ينوب الوكيل عنه فيها ولأن الوكيل فرع لموكله كالشهادة على الشهادة هي فرع على شهود الأصل فلما لم يجز للحاكم أن يسمع شهود الفرع إلا بعد العجز عن شهود الأصل وجب ألا يقتنع بالوكيل إلا بعد العجز عن الموكل. ولأن الوكيل نائب عن موكله كالوصي والولي على اليتيم فلما ثبتت الولاية لعجز المولى عليه وجب أن تصح الوكالة لعجز الموكل.

ودليلنا ما روي عن النبي ﷺ أنه سمع دعوى حويصة ومحيصة على يهود خيبر أنهم قتلوا عبد الله بن سهل نيابة عن عبد الرحمن بن سهل ووليه كان حاضراً فما أنكر دعواهم له مع حضوره فلو كانت وكالة الحاضر غير جائزة لأنكرها حتى يبتدىء الولي بها ألا تراه أنكر على محيصة حين ابتدأ بالكلام قبل حويصة وقال له كبر كبر وليس تقديم الأكبر بواجب وإنما هو أدب فكيف يكف عن إنكار ما هو واجب؟

وروي أن علي بن أبي طالب رضوان الله عليه وكل عقيلاً أخاه عند عمر بن الخطاب ولعله عند أبي بكر رضي الله عنهما وعلي كان حاضراً ووكل أيضاً عبد الله بن جعفر حين أسن عقيل عند عثمان بن عفان وكان علي حاضراً فكان ذلك منهم إجماعاً على وكالة الحاضر ولأن كل من صح توكيله إذا كان غائباً أو مريضاً صح توكيله وإن كان حاضراً صحيحاً كالتوكيل في العقود واستخراج الديون ولأن كل من صح توكيله في العقود مع الغيبة صح توكيله مع الحضور كالمريض والمسافر ولأنه شرط في صحته لا يختلف بمرض العاقد وصحته وحضوره وغيبته كسائر العقود ولأن مقصود الوكالة إنما هو معونة من كان ضعيفاً أو صيانة من كان مهيباً وهذا المعنى موجود في غير المعذور كوجوده في المعذور.

فأما جوابه عن الآية فمن وجهين:

أحدهما: أن من وكل عن نفسه لم يكن معرضاً عن الإجابة.

والثاني: أنه دعا إلى الدين وذلك مما لا يصح فيه التوكيل وأما الجواب عن قول عمر رضي الله عنه فهو أن لكل واحد منهما الوكالة فلم يكن فيه إبطال التساوي.

وأما الجواب عن قولهم إن حضور المدعى عليه من حقوق المدعي فهو غير صحيح لأن المدعى عليه لو خرج من الدعوى بغير حضور سقطت المطالبة عنه ولو حضر من بغير

---

(١) أخرجه البخاري ١٠/٥٥٢ كتاب الأدب (٦١٤٢ - ٦١٤٣).

خروج لم تسقط عنه فثبت أن حق المدعي في الخروج في الدعوى لا في حضور المدعى عليه ولا يجوز للحاكم ولا للمدعي قطعه عن اشتغاله إذا خرج من الدعوى أو وكل.

وأما الجواب عن قولهم إن الجواب قد يكون إقراراً فهو من يخرج في دينه بالإقرار مع حضوره كان متخرجاً بالخروج من الحق المدعى عليه.-

وأما الجواب عن استدلالهم بالشهادة على الشهادة فهو جمع بغير معنى ثم الفرق بينهما من وجهين:

أحدها: أنه لما لم يجز للحاكم أن يسمع شهود الفرع برضا الخصم إذا كان قادراً على شهود الأصل وإن جاز أن يسمع من الوكيل برضا الخصم مع زوال العذر دلَّ على اعتبار الضرورة في الشهادة على الشهادة وأنه لا اعتبار بالضرورة في الوكالة.

والثاني: أن الحاكم لا يجوز أن يحكم بالشهادة على الشهادة إلا بعد الكشف عن أحوال الشهود فما لم يضطر إليها لم يكلف سماعها. ويجوز له أن يسمع من الخصم ولا يكشف عن حاله فجاز سماعه ممن لم يضطر إلى السماع منه.

وأما استدلالهم بالوصي والولي فذلك لأنه نائب عن من لم يختره فلم يجز إلا مع الضرورة والوكيل نائب عن من اختاره فجاز ارتفاع الضرورة.

فصل: فإذا ثبت جواز الوكالة من المرأة البرزة وغير البرزة ومن الرجل المعذور وغير المعذور انتقل الكلام إلى فصلين: -

أحدهما: من يجوز أن يوكل.

والثاني: من يجوز أن يتوكل.

فأما الفصل الأول وهو من يجوز أن يوكل فهو أن كل من جاز تصرفه في شيء تصح فيه النيابة، جاز أن يوكل غيره في ذلك الشيء.

وإذا كان كذلك انقسمت أحوال الناس ثلاثة أقسام: -

قسم يجوز تصرفهم على الأحوال كلها وهم من كان بالغاً عاقلاً حراً رشيداً فتصرفهم في الأحوال كلها جائز على الإطلاق فعلى هذا يجوز لهم أن يوكلوا إذا كان تصرفهم تصرف ملك لا نيابة. فأما المتصرف فيه بنيابة عن غيره فضربان:

أحدهما: أن يكون تصرفه بإذن من ينوب عنه كالوكيل فليس له أن يوكل عن نفسه فيما وكل فيه إلا بإذن من موكله على ما سنذكره من تقسيم الأحوال فيه.

والضرب الثاني: أن يكون تصرفه بغير إذن من ينوب عنه كالوصي وولي اليتيم وأب الطفل فيجوز له أن يوكل عن نفسه إن شاء فكلا الأمرين جائز فهذا قسم.

والقسم الثاني: من لا يجوز تصرفهم على الأحوال كلها وهم الصبيان والمجانين فلا يجوز توكيلهم وإنما يجوز لوليهم أن يوكل عنهم فلو أن صبياً وكل ثم بلغ أو مجنوناً وكل ثم أفاق كانت الوكالة باطلة لفساد وقوعها فلم يصح لجواز الأمرين من بعد.

فأما العاقل إذا وكل عن نفسه ثم جن بعد توكيله فله حالتان: ـ

إحداهما: أن يطول به الجنون حتى يصير إلى حال يولي عليه فالوكالة قد بطلت لأنه لما صار بالجنون باطل التصرف كان تصرف من توكل من جهته أبطل.

والحال الثانية: أن لا يطول به الجنون حتى يفيق منه سريعاً قبل أن يولى عليه فالظاهر من مذهب الشافعي بطلان الوكالة للمعنى الذي ذكرنا وسواء صار مألوفاً أو غير مألوف.

وقال أبو العباس بن سريج الوكالة صحيحة لا تبطل لا سيما إذا صار مألوفاً لأن قصور مدته وسرعة إفاقته تجعله عفواً كأوقات النوم لانتفاء الخوف عنه.

والقسم الثالث: من يجوز تصرفه على حال دون حال وفي شيء دون شيء وهم ثلاثة السفيه والمفلس والعبد.

فأما السفيه فيجوز أن ينفرد بالطلاق والخلع والرجعة وقبول الوصية والهبة فيجوز أن يوكل من ينوب عنه في ذلك. ولا يجوز تصرفه فيما سواه ولا يجوز أن يوكل فيه.

وأما المفلس فيجوز تصرفه فيما سوى المال الذي في يده لأن حجر المفلس إنما تناول ما بيده من المال دون غيره. فعلى هذا لا يجوز أن يوكل في المال المحجور عليه فيه لبطلان تصرفه فيه ويجوز أن يوكل فيما سواه من عقد بيع أو نكاح أو غيره.

وأما العبد فتصرفه على ضربين:

أحدهما: ما لا يفتقر فيه إلى إذن السيد كالطلاق والخلع والرجعة وقبول الوصية والهبة، فيجوز أن يوكل فيه إن باعه السيد لم تبطل الوكالة وكذلك لو أعتقه.

والضرب الثاني: ما يفتقر إلى إذن السيد وهو على ضربين:

أحدهما: ما يصير فيه بالإذن متصرفاً في حق نفسه دون سيده كالنكاح. فيجوز له أن يوكل فيه عن نفسه إذا أذن له السيد فيه فلو باعه السيد بطلت الوكالة لانتقال الحق إلى غيره ولو أعتقه لم تبطل الوكالة لانتقال الحق إلى نفسه.

والضـرب الثاني: مـا يكون بـالإذن متصرفـاً في حق مستنيبه كـالمأذون لـه في التجارة فيكون في التجارة المأذون له فيها بمثابة الوكيل فلا يجوز أن يوكـل فيما يقـدر على التفرد بـه إلا بصريح إذن من سيده. فإن وكله بإذن السيد صح التوكيـل فلو باعـه السيد بـطلت الوكـالة وكذلك لو أعتقه لأنها وكالة في نفسه وحق السيد.

فأما المكاتب فيجوز له أن يوكل بإذن السيد وغير إذنه لجواز تصرفه بإذن وغير إذن. فلو وكل وكيلاً عجز المكاتب وصار رقيقاً بـطلت الوكـالة لأنهـا وكالـة في حق نفسه. فلو أدى وعتق كانت الوكالة على حالها لما ذكرنا من اختصاصها بحق نفسه والله أعلم.

فصل: وأما الفصل الثاني وهو في من يجوز أن يتوكل لغيره فيصير وكيلاً فهو أن كل من ملك التصـرف في شيء تصح فيـه النيابـة، جاز أن يكـون وكيل غيـره فيه. وإذا كـان كذلـك فأحوال الناس تنقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: من يجوز تصرفه في عموم الأحوال وهو البالغ العاقل الحـر الرشيـد فيجوز أن يتوكل في كل ما تصح فيه الوكالة.

فأما الفاسق فتصح وكالته فيما لا ولاية فيه.

فأما ما فيه ولاية فضربان: ضرب تكون ولايته على غير الإذن فيما عليه وولي اليتيم فلا يصح أن يكون وكيلاً له ولا قيماً عليه.

وضرب تكون ولايته على الإذن كالنكاح فإن كان التوكيل من جهة الزوج جاز أن يـوكل فاسقاً لأن عقد النكاح في حق الزوج لا يفتقر إلى ولاية عليه وإنمـا هي نيابـة عنه. وإن كـان التوكيل من جهة ولي الزوجة ففي جواز توكيله الفاسق وجهان:

أحدهما: لا يجوز توكيله لما فيه في الولاية التي ينافيها الفسق:

والوجه الثاني: يجوز توكيله لأنه مأمور وليس بمطلق الولاية.

فأما الكافر فلا يجوز أن يتوكل فيما فيه ولاية على مسلم ولا في نكاح مسلم لا من جهة الزوج ولا من جهة الزوجة لأن نكاح المسلم لا ينعقد بكافر بحال.

ولكن يجـوز أن يكون وكيـلاً في نكاح كـافر. وهـل يجوز أن يكـون وكيـلاً في طـلاق مسلم؟ على وجهين:

أحدهما: يجوز لأنه يملك الطلاق.

والثاني: لا يجوز لأنه لا يملك طلاق مسلمة.

والقسم الثاني: لا يجوز تصرفه في عموم الأحوال وهو الصبي والمجنون فلا يصح أن يتوكلا لأحد فمن وكلهما كانت الوكالة باطلة، فلو أن رجلاً وكل عاقلاً ثم جن الوكيل كان على ما ذكرنا في جنون الموكل إن استدام به إلى حال يصير مولى عليه بطل توكيله، وإن أفاق منه قريباً بطلت وكالته على مذهب الشافعي وجازت على قول أبي العباس بن سريج.

والقسم الثالث: من يجوز تصرفهم في شيء دون شيء وهم ضربان: -

أحدهما: من منع التصرف لحق نفسه كالسفيه يجوز أن يتوكل فيما يجوز تصرفه فيه من الطلاق والخلع ولا يجوز أن يتوكل فيما لا يجوز التصرف فيه من بيع أو نكاح أو غيره لأنه لما بطلت عقوده بالسفه في حق نفسه كان أولى أن تبطل في حق غيره.

والضرب الثاني: من منع من إطلاق التصرف لحق غيره كالعبد الممنوع من التصرف لحق سيده لا لعدم رشده فللسيد منعه أن يتوكل لغيره فيما يجوز تصرفه فيه وما لا يجوز لما في تشاغله بالوكالة في تفويت منافع السيد، فإن أذن له السيد جاز أن يتوكل لسيده وغير سيده. ثم لا يخلو ما يوكل فيه من أن يكون فيه معنى من معاني الولايات كعقود البياعات والإجارة، والدعوى والمخاصمات فيجوز أن يتوكل فيها وإن كان فيها من معاني الولايات، فإن كانت على غير الموكل كالولاية على طفل أو في مال يتيم لم يجز أن يكون وكيلاً فيه، وإن كانت على الموكل كالنكاح فإن توكل من جهة الزوج صح وإن توكل من جهة الزوجة كان على ما ذكرنا من الوجهين فلو توكل العبد فيما يصح أن يكون وكيلاً فيه ثم باعه السيد بطلت الوكالة لما قد ملكه المشتري من منافعه، وسواء كان قد توكل لسيده أو لغيره فإن جدد له المشتري إذناً بالوكالة المتقدمة فهل يحتاج إلى تجديد إذن من الموكل أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج إنه لا يحتاج إلى تجديد إذنه ويصير على وكالته بما تقدم من إذن موكله إذا جدد له المشتري إذناً بالوكالة لأن منعه من الوكالة إنما كان لحق المشتري فارتفع بحدوث إذنه وحده.

والوجه الثاني: وهو أصح أن الوكالة قد بطلت فلا تصح إلا بتجديد إذن من جهة الموكل لأن إبطالها قد رفع أسبابها كما أن العقد إذا بطل لم يصح بالإجازة حتى يبتدىء عقداً صحيحاً.

فأما إن أعتقه السيد فلا يخلو أن يكون وكيلاً لسيده أو غير سيده فإن كان وكيلاً لغير سيده لم تبطل الوكالة بعتقه وإن كان وكيلاً لسيده ففي بطلان الوكالة بعتقه وجهان أحدهما لا تثبت وكالة غيره.

والثاني: وهو قول أبي العباس بن سريج تبطل وكالته لأنها من جهة السيد أمر فبطلت كسائر أوامره التي تبطل بعتقه.

فأما المرأة فيجوز أن تتوكل لزوجها، فأما غير زوجها فلا يجوز أن تتوكل إلا بإذن زوجها لما قد ملكه الزوج من الاستمتاع بها وأن له منعها من الخروج لتصرفها. وإن وكلها الزوج أو غيره جاز، فيما سوى النكاح والطلاق. فإن وكلت في النكاح كان باطلاً لأن المرأة لا تملك عقد النكاح. وإن وكلت في الطلاق كان في صحة الوكالة وجهان:

أحدهما: باطلة لأنها لا تملك الطلاق.

والثاني: جائزة لأنها لو ملكت طلاق نفسها صح فجاز أن تتوكل في طلاق غيرها، فلو وكلت ثم طلقها الزوج كانت الوكالة على حالها سواء توكلت للزوج أو لغيره لأنها وكالة وليست أمراً يلزم امتثاله كالسيد مع عبده.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «حَضَرَ خَصْمٌ أَوْ لَمْ يَحْضُرْ جَائِزٌ (قال الشافعي) لَيْسَ الخَصْمُ مِنَ الوَكَالَةِ بِسَبِيلٍ وَقَدْ يُقْضَى لِلْخَصْمِ عَلَى المُوَكِّلِ فَيَكُونَ حقًّا يَثْبُتُ لَهُ بِالتَّوْكِيلِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: يجوز ثبوت الوكالة عند الحاكم وإن كان الخصم غائباً.

وقال أبو حنيفة: لا يصح ثبوت الوكالة على خصم غائب إلا في ثلاثة أحوال: إما أن يكون مريضاً أو يريد سفراً أو يقر بها الموكل عند الحاكم، فأما بالبينة فلا يسمعها إلا بحضور خصم وإن كانوا جماعة صح ثبوتها بحضور أحدهم، وجعل امتناعه في ثبوت الوكالة على غير خصم بناء على أصله في القضاء على الغائب لا يجوز وفي إثبات الوكالة عليه قضاء على غائب.

ودليلنا عليه مع مخالفتنا للأصل الذي عليه أن علياً رضي الله عنه وكل عقيلاً وعبد الله بن جعفر ولم يكن عنده توكيله إياهما خصم وهذه حال مشهورة في الصحابة وكل أقر عليها ولم يخالف فيها. ولأنه موكل في حق نفسه فلم يعتبر فيه حضور الخصم كالوكالة في استخراج الديون ولأن ما يشترط في عقد الوكالة عند مرض الموكل وسفره لم يشترط فيه عند حضوره ومغيبه كالشهادة طرداً والقول عكساً ولأنه توكيل فوجب أن يتم بالموكل والوكيل كالتوكيل في العقود ولأن ما تنعقد به الوكالة في العقود تنعقد به الوكالة في مطالبة الخصوم كوكالة المريض والمسافر. ولأنه توكيل لم يشترط فيه رضا الخصم فلم يشترط فيه حضوره. وأصله إذا أقر بالوكالة أو وكل عنه حاكم ولأنه مستعان به في الخصومة فلم يشترط فيه حضور الخصم كإشهاد الشهود.

فأما الجواب عن استدلالهم بأنه قضاء على غائب فهو أنها دعوى مدفوعة، لأن الوكالة حق للموكل وعليه وليس للخصم فيها حق، ولا عليه فيها حق، ألا ترى أنه لا يثبت له بحضور الوكالة حق، ولا يثبت عليه حق. ولذلك قال الشافعي رحمه الله وليس الخصم من الوكالة بسبيل.

فأما قول الشافعي وقد يقضى للخصم على الموكل فيكون حقاً ثبت له بالتوكيل فمعناه أن الخصم لو ادعى البراءة من الحق الذي عليه عند مطالبة الوكيل له بالتوكيل سمعت بينة الخصم بالبراءة إلى الموكل من حقه ولولا الوكالة التي استحق الوكيل بها المطالبة لما أمكن الخصم إقامة البينة بالبراءة.

فصل: فإذا ثبت أن الوكالة في الخصومة يصح ثبوتها عند الحاكم على خصم حاضر وغائب ومن موكل حاضر وغائب فلا يخلو حال الموكل من أن يكون حاضراً مع وكيله عند الدعوى والمطالبة أم لا فإن كان حاضراً جاز للقاضي أن يسمع الدعوى من وكيله على الخصم مع حضوره، وهذا قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز للقاضي مع حضور الموكل أن يسمع دعوى الوكيل ومخاصمته وهذا غير صحيح لأن مقصود الوكالة أنها معونة العاجز وصيانة المهيب، فاستوى حاله مع حضوره ومغيبه، ولأن علياً رضي الله عنه قد بين في الوكالة أنها تقارب هذا المعنى فقال: إن الخصومات تحمل وإنها لتخلف. وإذا صح سماع الدعوى من وكيله مع حضوره فسواء عرفه القاضي باسمه ونسبه أم لا. وإن كان الموكل غائباً عن الدعوى، فلا يخلو ثبوت الوكالة عند القاضي من أن يكون ببينة أو بإقرار. فإن كان ثبوتها ببينة تشهد على الموكل بها لم يحكم بشهادتهم حتى يشهدوا بمعرفته على اسمه ونسبه. فحينئذ يحكم بصحة وكالته. وإن كان ثبوتها بإقرار الموكل بها فإن كان القاضي يعرفه بعينه واسمه ونسبه صحت الوكالة منه وثبتت بإقراره عنده وإن كان لا يعرفه لم يقبل ذلك منه إلا بشاهدين يشهدان على اسمه ونسبه لئلا يدعي نسب غيره.

فصل: وإذا ادعى رجل عند حاكم دعوى على رجل فالمدعى عليه بالخيارين أن يحضر معه مجلس الحكم وبين أن يوكل عن نفسه وكيلاً يحضر مع المدعي فيقوم حضور وكيله مقام حضوره، كما كان المدعي بالخيارين أن يدعي بنفسه وبين أن يوكل عن نفسه من ينوب عنه في الدعوى فإن أقام المدعي بينة وجب على المدعى عليه أن يخرج إليه من حقه إما بنفسه أو باستنابة وكيله فإن لم يقم بينة وسأل إحلاف المدعى عليه وجب عليه حينئذ حضور مجلس الحكم لليمين لأن الوكيل لا ينوب عنه فيها.

فصل: فإذا وكل المدعي رجلاً بطلب دين قامت به البينة فادعى المطلوب أن الموكل قد أبرأه واستوفاه وأراد يمينه، قيل له: إنه ما ثبت عليك ثم اطلبه بعد ذلك باليمين إذا وجدته وليس لك أن تحبس ما ثبت عليك من الحق بما استحدثته من الدعوى. فإن سأل إحلاف المدعي بالله لقد شهد شهوده بحق لم يحلف على ذلك لما فيه من جرح الشهود، ولأن ما ادعاه من البراءة والاستيفاء لا ينافي صحة الشهادة ولكن يحلف بحسب ما ادعاه المطلوب من البراءة والاستيفاء.

فصل: وإذا ادعى رجل عند الحاكم أنه وكيل فلان الغائب عليه فصدقه الخصم على الوكالة ولم يقم بها بينة فلا يخلو حال المدعي للوكالة من أمرين: -

أن يدعي الوكالة في المخاصمة أو يدعي الوكالة في قبض مال.

فإن ادعى الوكالة في قبض مال لم تسمع دعواه وإن صدقه الخصم فلا يجب على الخصم دفع المال إليه وسواء كان المال عيناً أو ديناً.

قال أبو حنيفة: إن كان المال عيناً لم يلزمه دفعه وإن كان ديناً لزمه وسيأتي الكلام عليه مع المزني في موضعه.

وإن ادعى الوكالة في المخاصمة فمذهب الشافعي أن الحاكم لا يقبل ذلك منهما ويسمع تخاصمهما لأن إقرار الوكيل على موكله غير مقبول فلم يكن إضراراً به. وإنما هو قامة بينة على المطلوب يجوز مع حضور الموكل وغيبته.

فصل: وإن اجتمع الخصمان على أن وكلا رجلاً واحداً وكان توكيل كل واحد منهما في مخاصمة صاحبه. فإن كان ذلك في أمرين مختلفين جاز وإن كان في أمر واحد ففيه قولان حكاهما ابن سريج:

أحدهما: أنه جائز لأنه إنما يثبت على كل واحد منهما حجة صاحبه.

والقول الثاني: وهو الصحيح أنه لا يجوز لأنه يصير وكيلاً في تحقيق قول كل واحد منهما مع ما ينافيه فيعارض بعض قوله بعضاً. ولأنه يصير مخاصم نفسه لأنه يقوم لكل واحد منهما مقام نفسه.

فصل: وإذا أوكل الرجل رجلاً في مخاصمة رجل عند قاضي لم يكن له أن يخاصمه عند غيره من القضاة، ولا له إن عزل القاضي أن يخاصمه عند المولى مكانه. ولو أطلق ذكر القاضي ولم يعينه جاز أن يخاصم عند من صلح أن ينظر بينهما من القضاة.

فلو وكله في مخاصمة كل خصم يحدث له وقد اختلف أصحابنا في صحة الوكالة على وجهين:

أحدهما: وهو قول البصريين أنها وكالة باطلة لما يتضمنها من الجهالة بالموكل فيه وإنها على غير شيء في الحال.

والوجه الثاني: وهو قول البغداديين ومذهب أهل العراق أنها وكالة جائزة، لأن الوكالة من العقود الجائزة فلم تبطل بالجهالة.

ولما اتفقوا عليه من جواز الوصية بالحادث المجهول.

فصل: وإذا قال الموكل لوكيله: قد وكلتك في استيفاء مالي على زيد فمات زيد جاز للوكيل أن يستوفيه من وارثه.

فلو قال: قد وكلتك في استيفاء مالي من زيد فمات زيد. لم يجز للوكيل أن يستوفيه من وارثه.

والفرق بينهما أن الأمر باستيفائه من ما على زيد متوجه إلى المال فجاز أن يستوفيه من ورثته، وإلا من استيفائه من زيد متوجه إلى زيد أن يكون هو المستوفى منه فلم يجز أن يستوفيه من غيره.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ وَكَّلَهُ بِخُصُومَةٍ فَإِنْ شَاءَ قبلَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ فَإِنْ قبلَ فَإِنْ شَاءَ فَسَخَ وَإِنْ شَاءَ ثَبَتَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح وعقد الوكالة إرفاق ومعونة في العقود الجائزة دون اللازمة لأن ما لزم من عقود المنافع افتقر إلى مدة يلزم العقد إليها وصفة العمل الذي يستوفي بها كالإجارة فإذا لم يلزم تقريرها بمدة الاستيفاء ما تضمنها من صفة دل على جوازها دون لزومها. وسواء كانت تطوعاً أو بعوض، إلا أنها إن كانت تطوعاً فهي معونة محضة، وإن كانت بعوض فهي في معنى الجعالة.

وإذا وكل رجل رجلاً فالوكيل بالخيارين قبول الوكالة وردها. وقبوله إن قبل على التراخي دون الفور على ما مضى فإذا قبلها فهو بالخيار إن شاء ثبت على الوكالة وإن شاء فسخها. وسواء كان ذلك قبل شروعه في المخاصمة والعمل أو بعده. وسواء كان الموكل حاضراً أو غائباً.

وقال مالك إن كان في رجوعه إضرار بالموكل لم يكن له الرجوع إلا بحضوره وإن لم يكن فيه إضرار جاز له الرجوع بغير حضوره.

وقال أبو حنيفة: إذا شرع في الخصومة لم يكن له أن يفسخ إلا بحضور الموكل استدلالاً بأن شروع الوكيل في المخاصمة حق للموكل، فلم يجز له أن يخرج منه إلا إلى مستحقه كالوديعة ليس له وإن لم يلزمه استدامتها أن يخرج منها إلا إلى مستودعه.

ودليلنا هو أن كل من لم يكن رضاه معتبراً في دفع العقد لم يكن حضوره معتبراً في رفعه كالمطلقة طرداً وكالإقالة عكساً وكان كل من صح منه فسخ الوكالة بحضور صاحبه صح منه أن ينفرد بفسخها كالموكل ولأنه عقد وكالة يصح من الموكل أن ينفرد بفسخه فصح من الوكيل أن ينفرد بفسخه كالوكالة التي لم يشرع الوكيل في المخاصمة فيها.

ولأن عقد الوكالة لا ينفك من أن يكون كالعقود اللازمة فلا يجوز لأحدهما أن يفسخ إلا برضا صاحبه كالبيع أو يكون كالعقود الجائزة فيجوز أن ينفرد بفسخه كالجعالة. فلما لم يكن الرضا فيه معتبراً كان التفرد بفسخه جائزاً.

فأما استدلالهم بأن في الخروج منه إلى غير مستحقه إضاعة لحقه كالوديعة فليس بصحيح لأنه لا يضيع بالخروج منها حقاً كالمودع الذي بيده مال يلزمه أداء الأمانة فيه برده إلى مستحقه. ويجوز له أن يدفعه إلى الحاكم عند تعذره. وكذلك الوكيل لو كان بيده مال.

فصل: فإذا ثبت أن لكل واحد من الوكيل والموكل أن ينفرد بالفسخ، فسخ الوكيل بمجرد القول: إني قد فسخت الوكالة أو خرجت منها. سواء علم الموكل بالفسخ أو لم يعلم أشهد على نفسه أو لم يشهد.

فأما فسخ الموكل ففيه قولان:

أحدهما: أن يكون بمجرد القول إني قد فسخت الوكالة أو عزلت الوكيل عنها أو أخرجته منها وسواء أعلم به الوكيل أم لا.

والقول الثاني: أنه لا يصح منه الفسخ إلا بقوله وإعلام الوكيل بفسخه فمتى لم يعلم فهو على صحة الوكالة فيما عقده الموكل له وعليه وهذا قول أبي حنيفة لأنه لما كان علمه معتبراً في عقدها وجب أن يكون علمه معتبراً في حلها.

ودليل ذلك القول الأول وهو أقيس شيئان: -

أحدهما: أنه لما لم يكن علم الموكل معتبراً في فسخ الوكالة لم يكن علم الوكيل معتبراً في فسخ الوكالة.

والثاني: أن كل عقد جاز لأحد المتعاقدين رفعه بغير رضا صاحبه جاز له رفعه بغير

علمه، كالنكاح يجوز رفعه بالطلاق بغير علم المطلقة ولا يجوز أن يعتبر حال الفسخ بحال العقد لأمرين:

أحدهما: فساده بفسخ الوكيل.

والثاني: أنه لما كان رضاه معتبراً كان علمه معتبراً. وليس كذلك الفسخ.

فصل: وإذا وكل الرجل وكيلين في الخصومة، لم يسمع القاضي الخصومة إلا منهما حتى يوكلهما وكيل واحد منهما. فلو عزل الموكل أحدهما لم يكن للآخر أن ينفرد بالخصومة إلا بتجديد إذن التفرد فيها.

فلو وكلهما على الاجتماع والانفراد ثم عزل أحدهما ولم يعين ففيه وجهان:

أحدهما: أن كل واحد منهما على جواز تصرفه ما لم يعلم أنه المعزول بعينه.

والوجه الثاني: أن كل واحد منها ممنوع من التصرف خوفاً من أن يكون هو المعزول بعينه.

فصل: وإذا وكل الرجل رجلاً في دعوى دار ثم عزله الموكل عنها، فجاز الوكيل ليشهد لموكله فإن كانت شهادته بعد أن خاصم المدعى عليه فيها لم تقبل شهادته، لأنه صار فيها خصماً، وإن كانت شهادته قبل الخصومة فيها ففي قبول شهادته بها ـ قولان حكاهما ابن سريج تخريجاً:

أحدهما: أنها غير مقبولة لأنه بعقد الوكالة قد صار خصماً.

والقول الثاني: أنها مقبولة لأنه ما لم يخاصم لم يصر خصماً.

وعلى هذا يكون الجواب لو ادعى الوكيل الدار لنفسه.

فإن كان بعد أن ادعاها لموكله، لم يجز. وإن كان قبل الدعوى وبعد قبول الوكالة فعلى ما مضى من القولين والله أعلم.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ ثَبَتَ وَأَقَرَّ عَلَى مَنْ وَكَّلَهُ لَمْ يَلْزَمْهُ إِقْرَارُهُ لأَنَّهُ لَمْ يُوَكِّلْهُ بِالإِقْرَارِ وَلاَ بِالصُّلْحِ وَلاَ بِالإِبْرَاءِ وَكَذَلِكَ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا وكله في المخاصمة فأقر على موكله لم يلزمه إقراره وسواء أقر عليه في مجلس الحكم أو غيره.

وقال أبو حنيفة: إن أقر الوكيل على موكله في مجلس الحكم لزمه إقراره وإن أقر عليه في غيره لم يلزمه وقال أبو يوسف إقراره عليه لازم في مجلس الحكم وغيره واستدل على

لزوم إقراره لموكله، بقول علي بن أبي طالب رضي الله عنه حين وكل أخاه عقيلاً: وهذا عقيل ما قضي عليه فعليَّ وما له فلي. فجعل القضاء على الوكيل قضاء على الموكل، وإقرار الوكيل يوجب القضاء عليه فكذلك على موكله. ولأن في التوكل بالمخاصمة إذناً بها وبما تضمنها، وقد يتضمن الإقرار تارة والإنكار تارة فصار الإقرار من متضمن إذنه فلزمه. ولأن الوكيل قائم مقام موكله في الجواب والجواب قد يكون تارة إقراراً وتارة إنكاراً فلما قام إنكاره مقام إنكار موكله وجب أن يقوم إقراره مقام إقرار موكله، وتحريره أنه أحد جوابي الدعوى فجاز أن يقوم فيه مقام موكله كالإنكار ولأنه ممن يملك القبض فوجب أن يملك الإقرار بالقبض كالموكل. ودليلنا هو أن كل من ندب لاستيفاء الحق لم يكن له إسقاط الحق كالوصي. ولأن كل ما لم يملكه الوكيل من إسقاط الحق في غير مجلس الحكم لم يلزمه في مجلس الحكم كالإبراء طرداً والقبض عكساً ولأن ما لم يصح من الوكيل الإبراء منه لم يصح منه الإقرار به كالجناية ولأن كل من يصح إقراره مع النهي لم يصح إقراره مع الترك كالمحجور عليه. فأما الجواب عن حديث علي عليه السلام فليس بقضاء على الوكيل بإقراره على موكله فلم يصر ذلك لموكله.

وأما ادعاؤهم أن المخاصمة تتضمن إقراراً وإنكاراً فغير صحيح بل يتضمن من جهة الوكيل الإنكار لما عليه من المعونة وحفظ الحق ومن جهة الموكل الإقرار والإنكار.

وأما قولهم إنه لما قام في الإنكار مقام موكله وجب أن يكون في الإقرار بمثابته، فالجواب عنه أن في الإنكار معونة لموكله وحفظاً لحقه، فصح من الوكيل وفي الإقرار معونة على موكله، وإسقاط لحقه، فلم يصح من الوكيل.

وأما قياسهم على الموكل فالمعنى فيه أنه لما ملك الإبراء ملك الإقرار ولما لم يملك الوكيل الإبراء لم يملك الإقرار.

فصل: فإذا ثبت أن إقرار الوكيل غير لازم لموكله فقد صار بالإقرار خارجاً عن الوكالة فيما أقر به فأما إبراء الوكيل فغير لازم للموكل ولا يصير خارجاً من الوكالة فيما أبرأ منه. والفرق بين الإبراء والإقرار أن مضمون إقراره أن موكله ظالم في مطالبته، فلم يجز له أن يطالب بما يقر بأنه ظلم وليس في إبرائه اعتراف بظلم موكله، فجاز أن يطالب. فلو صدق للموكل وكيله في إقراره عليه، صار بالتصديق مقراً بإقرار الوكيل فلو قال الموكل: كل ما أقر به الوكيل عليَّ فهو صادق فيه لم يلزمه ما أقر به الوكيل للجهالة به وهكذا لو قال ما شهد به فلان عليَّ فهو صادق فيه ولازم لي لم يلزمه ما شهد به فلان عليه إلا أن يكون عدلاً ويشهد معه شاهد آخر فيصير بينة يلزمه ما شهد عنه به، صدق أو كذب:

وهكذا ليس للوكيل أن يصالح على ما وكل في المطالبة به لأن الصلح إما أن يكون بيعاً ولا يجوز بيعه إلا بإذن موكله أو يكون إبراء فلا يصح ولم يلزم إقرار الوكيل لأنه لا يملك.

فصل: فإذا وكله في الإقرار عنه، فإن لم يذكر القدر الذي يقر به ويصفه، لم يصح التوكيل فيه، ولم يكن إقراره لازماً للموكل. وإن ذكر قدره وصفته ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج: إنه لا يصح التوكيل فيه ولا يجوز إقرار الوكيل به لأن الأمر بالإقرار لا يكون من الأمر إقراراً كما لم يجعل قول النبي ﷺ لعمر مرة فليراجعها[1] أمراً من النبي ﷺ وجعله أمراً من عمر ولا يكون المأمور إلا خبراً فلم يلزم إلا بشهادة آخر معه إذا كانا عدلين.

والوجه الثاني: أنه تصح الوكالة فيه ويلزم الإقرار به لأن الإقرار إخبار بإسقاط الحق. فلما صحت الوكالة بإسقاط الحق بالإبراء. كان جوازها في الأخبار بسقوطه أولى. ولأن فعل الوكيل مقصور على إذن موكله فلما صح توكيله في الإنكار لأجل إذنه صح في الإقرار لأجل إذنه.

فعلى هذا هل يلزم الإقرار بمجرد الوكالة فيه أم بإقرار الوكيل به؟ على وجهين:

أحدهما: يصير الإقرار لازماً بأمر الموكل به سواء أقر به الموكل أم لا لأن الإقرار إخبار وأمره يتضمن الإخبار فعلى هذا يجوز للوكيل أن يشهد على موكله بما وكله في الإقرار به.

والوجه الثاني: أنه لا يصير إقراراً لازماً إلا بإقرار الوكيل بعد أمر الموكل؛ لأن مجرد الأمر بالإقرار لا يكون إقرار حتى يتعقبه الإقرار فعلى هذا لا يجوز للوكيل أن يشهد على الموكل فيما وكله بالإقرار له.

فصل: فأما إذا وكله في الإبراء فإن لم يذكر المبرأ ولا القدر الذي يقع منه الإبراء لم يصح التوكيل فيه وإن ذكر المبرأ والقدر الذي يبرأ منه وصفته صحت الوكالة فيه، ولا يقع الإبراء منه بأمر الموكل به حتى يبرأ منه الوكيل وجهاً واحداً، لأنه ابتداء إسقاط وليس بإخبار كالإقرار، فلو وكله في إبراء نفسه من حق موكله لم يجز أن يصير مبرئاً لنفسه بنفسه، لأنه يصير نائباً لنفسه في ديون موكله ولأن الإبراء يقتضي مبرئاً ومبرأً.

---

(١) أخرجه أبو داود ٢/ ٢٨٥ والنسائي ٦/ ٣١٣ وابن ماجة ١/ ٦٥٠ والحاكم في المستدرك ٢/ ١٩٧ وقال: صحيح على شرط الشيخين وأقره الذهبي والدارمي ٢/ ١٦٠ وابن حبان (١٣٢٤) والبيهقي في الكبرى ٧/ ٣٢١ - ٣٢٢.

وفيه وجه آخر قاله بعض أصحابنا: إنه يجوز كما يجوز أن يجعل إلى زوجته طلاق نفسها.

فأما إذا وكله في شراء سلعة وصفها بثمن من جملة دين له في ذمة وكيله فاشترى الوكيل تلك السلعة لموكله بثمن وزنه من جملة دينه صح، وبرىء الوكيل من ذلك القدر الذي اشتراها به فإن تلفت السلعة فهي تالفة من مال الموكل والوكيل بريء من ثمنها وسواء كان ما وكل في ابتياعه معيناً أو موصوفاً.

وقال أبو حنيفة إن كان معيناً برىء من ثمنه وإن تلف وإن كان موصوفاً لم يبرأ من ثمنه إذا تلف وهذا خطأ لأن الوكيل مقرر للثمن عن إذنه فاستوى حكم الموصوف والمعين.

فصل: فأما إذا وكله في الصلح، فإن كان صلحاً يجري مجرى البيع جاز إطلاق القدر فيه وكان معتبراً بما لا يتغابن الناس بمثله كالتوكيل في البيع يصح مع إطلاق الثمن بما يعتبر فيه من ثمن المثل الذي لا يتغابن الناس به.

وإن كان صلحاً يجري مجرى الإبراء لم يجز إلا بذكر القدر الذي يصالح عليه كما لا يصح التوكيل في الإبراء إلا بذكر القدر الذي يبرأ منه. فلو وكله أن يصالح عنه كان على ما ذكرنا من الوجهين في توكيله لإبراء نفسه.

فلو وكله أن يهب لزيد ما رأى من أمواله لم يجز للجهل به. فلو وكله في هبة شيء بعينه معلوم من ماله كان جائزاً. ولو وكله في هبة ذلك لنفسه كان على الوجهين والله أعلم بالصواب.

مسألة: قال المُزَنِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ وَكَّلَهُ بِطَلَبِ حَدٍّ لَهُ أَوْ قِصَاصٍ قُبِلَتِ الْوَكَالَةُ عَلَى تَثْبِيتِ الْبَيِّنَةِ فَإِذَا حَضَرَ الحَدُّ أَوِ الْقِصَاصُ لَمْ أَحُدَّ وَلَمْ أُقِصَّ حَتَّى يَحْضُرَ الْمَحْدُودُ لَهُ وَالْمُقَصُّ لَهُ مِنْ قِبَلِ أَنَّهُ قَدْ يُقِرُّ لَهُ وَيُكَذِّبُ الْبَيِّنَةَ أَوْ يَعْفُو فَيَبْطُلُ الحَدُّ وَالْقِصَاصُ».

قال الماوردي: اعلم أن الوكالة على تثبيت الحدود والقصاص جائزة وهو قول جمهور الفقهاء وقال أبو يوسف لا يجوز الوكالة في إثبات الحدود استدلالاً بأن ما لا تجوز الوكالة في استيفائه لم تجز الوكالة في إثباته كحدود الله تعالى. ودليلنا هو أنه حق الآدمي يجوز التوكيل فيه مع حضور الموكل فجاز مع غيبته كسائر الحقوق ولأن من جاز توكيله في غير الحدود جاز توكيله في الحدود كالحاضر.

وأما قياسه على حدود الله تعالى فالمعنى فيها إدراؤها بالشبهات فلم يجز تأكيدها بالتوكيل، وليس كذلك حقوق الآدميين.

فصل: فإذا ثبت جواز الوكالة في إثبات القصاص وحد القذف فلا يخلو حال الموكل من ثلاثة أحوال: ـ

أحدهما: أن ينهاه في الوكالة عن استيفاء الحد والقصاص بعد إثباته فلا خلاف أنه لا يجوز له بعد ثبوته أن يستوفيه.

والحال الثانية: أن يطلق ذكر الإثبات ولا يذكر الاستيفاء بالنهي عنه ولا بالأمر به فمذهب الشافعي وأبي حنيفة وجمهور الفقهاء أنه لا يجوز للوكيل أن يستوفيه.

وقال ابن أبي ليلى: يجوز له استيفاءه ما لم ينه عنه، استدلالاً بأنه مقتضى الإثبات، فجاز فعله مع إطلاق الوكالة كالموكل في بيع يجوز للوكيل فيه أن يقبض ثمنه بإطلاق الإذن. وهذا خطأ لأن إثبات القصاص لا يقتضي تفويته إلا بالاستيفاء كوصي اليتيم وأب الطفل. ولأنه لو كان استيفاء القصاص من موجبات إثباته لكان من شروط وكالته فلما جاز له تركه دلَّ على أنه ليس له فعله. فأما البيع فالقبض من موجباته ولوازمه، وخالف حال الاستيفاء للقصاص مع ما في القصاص من فوات الاستدراك.

فصل: **والحال الثالثة**: أن يوكله في الحد والقصاص بعد إثباته، فإن كان الموكل حاضراً عند استيفائه صحت الوكالة. وإن كان غائباً فظاهر كلام الشافعي هاهنا أنه لا يجوز. وقال في كتاب الجنايات ما يدل على جوازه وهو قوله: ولو أذن له أن يقتص فتنحا به ثم عفا الموكل، وقتل الوكيل من غير أن يعلم به ففيه قولان. فاختلف أصحابنا فكان أكثرهم يخرجون المسألة على قولين لاختلاف قوله في الموضعين:

أحدهما: أنه لا يجوز احتياطاً للدماء في فوات استداركها إن حدث من الموكل عفو عنها وأنه إن حضر كان أرق قلباً في العفو عنها.

والقول الثاني: وهو أصحهما أن ذلك جائز لأن ما صح فيه التوكيل مع حضور الموكل صح فيه التوكيل مع غيبة الموكل قياساً على تثبيت القصاص، ولأن ما صح التوكيل في إثباته صح التوكيل في استيفائه كالأموال.

وقال آخرون منهم أبو إسحاق المروزي: إن التوكيل في استيفائه يجوز قولاً واحداً على ما ذكرنا وحمل ما اقتضاه ظاهر كلامه هاهنا على المنع إذا كان التوكيل في إثباته وحده.

وقال آخرون بل لا يجوز قولاً واحداً وحملوا كلام الشافعي في الجنايات على جوازه مع حضور موكله. وإن معنى قوله فتنحا به عن قرب موكله إلى حيث يستوفي له على بعد منه، وهو شاهده، فيمكن بالمشاهدة والحضور استدراك عفوه والله أعلم.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوَكِّلَ إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ إِلَيْهِ المُوَكِّل».

قال الماوردي: اعلم أن ما تضمنته الوكالة من العمل ضربان: ضرب يمكنه التفرد بعمله. وضرب لا يمكنه التفرد بعمله.

فأما ما لا يمكنه التفرد بعمله فكرجل وكل في نقل حمولة أو في عمارة ضيعة أو بناء. فيجوز أن يوكل فيه من يعمل معه ما لم ينه عنه صريحاً. ويكون الثاني والأول وكيلين للموكل لا ينعزل الثاني بعزل الأول. وهكذا لو وكل فيما يمكن الواحد أن ينفرد به إلا أن الوكيل لا يحسن عمله ولا يعرف صنعه كرجل وكل في نساجة ثوب وهو لا يحسن النسج، أو في صياغة حلي، فيجوز له أن يوكل ويستنيب في عمله، ويكون معنى توكيله فيه وهو لا يحسن الصنعة استنابته في توكيل من يحسنها. وهكذا لو وكل فيما لم تجر عادته بفعله، وإن كان يحسنه، كرجل وكل في النداء على ثوب، ولم تجر عادته بالنداء أو وكل في غسل ولم تجر عادته بالغسل فيجوز له اعتباراً بالعرف فيه أن يوكل فيما وكل من جرت عادته به.

فصل: وإن كان ما وكل فيه يمكنه التفرد بعمله وعادته جارية بعمله كرجل وكل في الخصومة، وهو من أهلها أو وكل في عقد البيع وهو ممن يصح منه العقد أو وكل في اقتضاء دين أو مقاسمة خليط وهو من أهل القسمة وأصحاب الاقتضاء. فلا يخلو حال الموكل معه من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن ينهاه في عقد وكالته عن توكيل غيره فلا يجوز له مع النهي أن يوكل غيره فإن فعل كان توكيله باطلاً وهذا متفق عليه.

والحال الثانية: أن يأذن له في عقد وكالته في توكيل غيره واستنابته فهذا على ضربين:

أحدهما: أن ينصبه على توكيل رجل بعينه فليس للوكيل توكيل غيره وسواء. كان من عين الموكل عليه أميناً عدلاً أو كان خائناً فاسقاً لأن اختيار الموكل واقع عليه.

والضرب الثاني: أن لا ينصبه على توكيل رجل بعينه، ويقول: قد جعلت إليك الخيار فوكل من رأيت فعلى الوكيل إذا أراد التوكيل أن يختار ثقة أميناً كافياً فيما يوكل فيه ـ فإن وكل خائناً فاسقاً لم يجز لأنه مما لا يرى توكيل مثله ـ فلو وكل ثقة أميناً صح توكيله. فإن حدث فسقه وطرأت خيانته فهل يجوز له عزله قبل استئذان الموكل في عزله أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: ليس له عزله إلا بتوكيل غيره حتى يستأذن في عزله.

والوجه الثاني: يجوز له عزله وإن لم يستأذن موكله لأن إطلاق الإذن يقتضي توكيل ثقة عدل.

فإذا تقرر أن للوكيل أن يوكل إذا أذن له الموكل فلا يخلو حال الموكل من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يأذن له أن يكون توكيله عن الموكل. فعلى هذا يكون الوكيل الأول والثاني وكيلين للموكل فإن عزل الأول كان الثاني على وكالته.

والثاني: أن يأذن له أن يكون توكيله عن الوكيل فعلى هذا يكون الوكيل الثاني وكيلاً للوكيل الأول. فإن عزل الموكل الوكيل الأول انعزل الوكيل الثاني وبطلت وكالته.

والثالث: أن يكون إذنه في التوكيل مطلقاً من غير تصريح، من غير أن يكون عن الموكل أو عن الوكيل فينظر فيه فلو كان الموكل قد عين للوكيل على من يوكله. كان الثاني المعين وكيلاً للموكل دون الوكيل الأول. لأن في التعيين تنبيهاً عليه. وإن لم يعينه ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يكون وكيلاً للموكل كالوكيل الأول لا ينعزل بعزل الأول لأن جواز توكيله معتبر بإذنه.

والوجه الثاني: أنه يكون وكيلاً للوكيل دون الموكل ينعزل بعزل الأول لأنه مفوض إلى رأيه. فعلى هذا ينعزل الثاني بأحد ثلاثة أمور: إما بعزل الأول، وإما بعزل الأول له وإما بعزل الموكل له.

وعلى الوجه الأول لا ينعزل إلا بعزل الموكل وحده. وهذا إذا صرح الموكل لوكيله بالتوكيل فأما إذا عرض له من غير تصريح كقوله قد وكلتك وجعلت إليك أن تعمل برأيك أو ما صنعت في ذلك من شيء فهو جائز فهل يكون مطلق التفويض يقتضي جواز التوكيل أم لا؟ على وجهين حكاهما ابن سريج:

أحدهما: أنه يقتضيه ويجوز له أن يوكل فيه اعتباراً بعموم التفويض.

والوجه الثاني: أنه لا يقتضيه، فلا يجوز أن يوكل غيره فيه، لأن ظاهر التفويض ينصرف إلى فعله لا إلى فعل غيره.

فصل: **والحال الثالثة**: أن تكون الوكالة مطلقة لا يأذن له ولا ينهاه عنه. فمذهب الشافعي أنه لا يجوز للوكيل أن يوكل.

وقال أبو حنيفة: يجوز له أن يوكل لأمرين:

أحدهما: أنه لما أقامه فيه مقام نفسه جاز له التوكيل فيه كما يجوز لنفسه.

والثاني: أن المقصود بوكالته حصول العمل الذي وكل فيه فلا فرق بين أن يتولاه بنفسه

وبين أن يستعين فيه بغيره، لحصول العمل في الحالين لموكله وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: أن فعل الوكيل مقتصر على ما تضمنه الإذن من غير مجاوزة في التوكيل.

والثاني: أن الموكل يسكن في عمله إلى أمانة وكيله فلم يجز أن يوكل من لم يسكن الموكل إلى أمانته كالوديعة التي لا يجوز للموكل أن يودعها عند غيره لأن المالك لم يرض إلا بأمانته.

فأما استدلاله بأن هذا أقامه مقام نفسه فلعمري أنه كذلك في فعل ما وكل فيه، لا في غيره. ألا ترى أنه لا يجوز أن يهب ولا يبرىء، وإن كان للموكل أن يهب ويبرىء، لأنه لم يأذن له فيه فكذلك في التوكيل.

وأما الجواب عن قولهم بأن الغرض حصول العمل فهو كذلك، لكن قد خصه وارتضى أمانته كمن استأجر أجيراً بعينه لعمل لم يكن له أن يستأجر غيره في عمله لأن قصد المستأجر إنما هو حصول العمل من جهة الأجير وفعله لا يفعل غيره كذلك ههنا.

فصل: فأما القاضي إذا أراد أن يستخلف على عمله، فإن نهاه الإمام عن الاستخلاف، لم يكن له أن يستخلف وإن أذن له صريحاً بالاستخلاف جاز له أن يستخلف، فإن لم يأذن له ولم ينهه، اعتبر حال عمله، كما ذكرنا في الوكالة، فإن كان يمكنه أن ينفرد بالعمل بين أهل عمله لم يجز له أن يستخلف فيه. وإن كان لايمكنهلسعة عمله أن ينظر في جميع أهله، جاز له أن يستخلف فيما لا يقدر على النظر فيه.

وهل يجوز أن يستخلف فيما يقدر على النظر فيه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز لتمكنه وقدرته.

والثاني: يجوز اعتباراً بباقي عمله، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الْمُزَنِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ وَكَّلَهُ بِبَيْعِ مَتَاعِهِ فَبَاعَهُ فَقَالَ الْوَكِيلُ قَدْ دَفَعْتُ إِلَيْكَ الثَّمَنَ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ».

قال الماوردي: اعلم أن ما يدعيه الوكيل على موكله ينقسم ثلاثة أقسام: قسم يقبل فيه قول الوكيل، وقسم لا يقبل فيه قوله، وقسم اختلف قوله في قبول قوله فيه.

فأما القسم الأول وهو ما يقبل فيه قول الوكيل على الموكل فهو في رد ما ائتمنه عليه. وجملة الأيدي التي لا يتعلق بها ضمان أنها على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يقبل فيه قول صاحبها في رد ما معه وهو من ائتمنه المالك على ماله في حق نفسه من غير نفع يعود في أمانته كالمودع فقوله في رد ما بيده من الوديعة على ربها مقبول، لأنه لما أقامه فيها مقام نفسه وجب أن يكون قوله مقبولاً كقوله على نفسه.

والثاني: من لا يقبل قوله، وإن كان أميناً في رد ما بيده وهو من يده لحق نفسه كالمرتهن فلا يقبل قوله في رد الرهن على راهنه لأنه ليس بنائب عنه، فلم يقبل قوله عليه.

والثالث: من اختلف أصحابنا في قبول قوله على مؤتمنه وهو من كان نائباً عن المالك، لكن لنفع يعود عليه في نيابته كالعامل في القراض والأجير المشترك. ففي قبول قولهم وجهان:

أحدهما: أن قولهم مقبول في رد ما بأيديهم لنيابتهم عن المالك وهو أظهر الوجْهين وهو قول الجمهور.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي الطبري: إن قولهم غير مقبول في رد ما بأيديهم، لأن عود النفع إليهم يجعلهم كالمتصرفين في حق أنفسهم، فلم يقبل قولهم كالمرتهن. فإذا تقرر هذا للأصل فالوكيل إن كان متطوعاً فقوله في رد ما بيده مقبول على موكله، وإن كان بأجرة ففي قبول قوله وجهان.

فهذا ما يتعلق بالقسم الأول مما يقبل فيه قول الوكيل على الموكل.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو ما لا يقبل فيه قول الوكيل على الموكل فهو أن يدعي عليه إذناً في تصرف كقول الوكيل: أمرتني ببيع كذا، أو بإعطاء زيد كذا، فينكر الموكل ذلك. فالقول قول الموكل دون الوكيل، لأنه في هذه الدعوى بمثابة مدعي عقد الوكالة، ومدعي الوكالة لا يقبل قوله في ادعائها. فكذلك مدعي الإذن لا يقبل قوله في ادعائه. وكذلك إذا اتفقا على الإذن واختلفا في صفته، كقول الوكيل أمرتني بإعطاء زيد ألفاً. فقال: بل أمرتك بإعطائه ثوباً. وكقوله أمرتني ببيع عبدك بألف فقال لا بل أمرتك بألفين. فالقول فيه قول الموكل فلا يقبل فيه دعوى الوكيل إلا ببينة يقيمها على ادعائه والبينة شاهدان عدلان لا غير، لأنها بينة في إثبات وكالة.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو ما اختلف قوله في قبول قول الوكيل فيه على موكله، فهو أن يوكل في عمله فيدعي الوكيل إيقاعه على الوجه المأذون فيه، وينكره الموكل، كتوكيله في بيع أو نكاح أو هبة أو عتق أو طلاق أو إقباض مال. فينكر الموكل ذلك مع تصديق البائع والمنكوحة والموهوب له والمطلقة والقابض والمعتق ففيه قولان محكيان عن الشافعي ووجهان ذكرهما ابن سريج.

فأحد قولي الشافعي أن القول في جميع ذلك قول الموكل إلا أن يقيم الوكيل بينة على ما ادعاه، والبينة عليه معتبرة بالمشهود فيه من كونه مالاً أو غير مال وإنما كان القول قول الموكل لأنها عقود فلم تلزم بمجرد الدعوى.

والقول الثاني: إن القول في جميع ذلك قول الوكيل لأن الموكل لما أقامه مقام نفسه نفذ قوله عليه كنفوذ قوله على نفسه. فهذان قولا الشافعي المحكيان عنه.

وأما وجها أبي العباس فإنه ذكر في كتاب الوكالة بعد حكاية قول الشافعي وجهين ذكر احتمالهما ونصر توجيههما.

أحد الوجهين أنه إن كان ما أقر به الوكيل يتم به وحده كالعتق والطلاق والإبراء، كان قوله مقبولاً فيه لأنه لما كان يصح من الوكيل في الحال صح إقراره به في تلك الحال. وما كان بخلافه لم يقبل إقراره به.

والوجه الثاني: وهو الذي عول عليه واعتمد على نصرته: أن ما كان الإقرار به كإيقاعه قبل قوله فيه وما كان بخلافه لم يقبل قوله فيه.

وهذان الوجهان إنما يكون للقول بهما وجه إذا كان الوكيل عند الاختلاف باقياً على الوكالة فأما مع عزله عنها فلا وجه لتخريجهما لما يقتضيه تعليل كل واحد منهما. والله أعلم.

فصل: فإذا تقرر ما وصفناه من هذه الجملة، كان الجواب في مسألة الكتاب محمولاً عليها وصورتها في من أمر وكيله ببيع متاعه وقبض ثمنه. فادعى الوكيل البيع وقبض الثمن، وتسليمه إلى الموكل، فإن صدقه على البيع وقبض الثمن، وأنكر أن يكون قبضه منه، كان قول الوكيل مقبولاً عليه لكن مع يمينه لأنه اختلاف في الدفع، ولو صدقه على البيع وأنكر قبض الوكيل الثمن من المشتري، فهو على قولين. لأن قول الوكيل يدعي عملاً ينكره الموكل. وإن كذبه في البيع وقبض الثمن فهو على قولين أيضاً لما ذكرنا. والله أعلم.

فصل: وإذا أمر الرجل وكيله بشرى عبد فقال الوكيل: اشتريته بألف وقال الموكل بل اشتريته بخمسمائة فالقول قول الوكيل مع يمينه دون الموكل.

وقال أبو حنيفة: إن كانت الألف بيد الوكيل لموكله فالقول قول الوكيل مع يمينه في شرى العبد بالألف، وإن لم يكن بيده فالقول قول الموكل.

وهذا ليس بصحيح بل قول الوكيل أولى في الحالين لقبول قوله في أصل الشري وكذا يقبل قوله في قدر أصل ثمنه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ طَلَبَ مِنْهُ الثَّمَنَ فَمَنَعَهُ مِنْهُ فَقَدْ ضَمِنَهُ إِلاَّ فِي حَالٍ لاَ يمْكِنُهُ فِيهِ دَفْعُهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا حصل مع الوكيل ثمن ما باع لموكله، فطلبه منه فمنعه، فلا يخلو حال منعه في أحد أمرين: إما أن يكون بعذر أو غير عذر. فإن كان لعذر كحدوث مرض أو خوف يمنع من الوصول إلى موضع الثمن، أو لحضور فرض من جمعة أو

مكتوبة قد ضاق وقتها، أو لضياع مفتاح بديار غيره أو لملازمة غريم له إلى ما جرى مجرى ذلك. فهذا عذر في تأخير الدفع ولا ضمان عليه إن تلف قبل الدفع.

وإن منعه لغير عذر صار ضامناً له فإن تلف كان عليه غرمه. فلو منعه من دفعه حتى يشهد على نفسه بقبضه، فقد اختلف أصحابنا هل له ذلك ويلزم الموكل الإشهاد على نفسه بالقبض أم لا؟ على ثلاثة أوجه: ـ

أحدها: وهو الصحيح أنه ليس له ذلك، ولا يلزم الموكل الإشهاد على نفسه بالقبض لأن قول الوكيل مقبول في الدفع. فعلى هذا يصير بالمنع ضامناً وعليه الغرم إن تلف.

والوجه الثاني: له الامتناع من الدفع إلا بالإشهاد ليسلم من اليمين مع الإكذاب فعلى هذا لا يصير بالمنع ضامناً ولا غرم عليه إن تلف.

والوجه الثالث: وهو مذهب مالك أنه إن قبض المال بالإشهاد، لم يدفع إلا بالإشهاد. وإن قبض بغير إشهاد لزمه الدفع بغير إشهاد.

فأما من كان غير مقبول القول في الدفع فلا يلزمه الدفع إلا بالإشهاد، وسواء كان ضامناً كالغاصب والمستعير أو كان غير ضامن كالمرتهن.

فأما المضارب والأجير المشترك فإن قلنا بأحد الوجهين إن قوله في الدفع غير مقبول، لم يلزمهم الدفع إلا بالإشهاد، وإن قلنا بالصحيح من المذهب: إن قولهم في الدفع مقبول، ففي وجوب الإشهاد لهم ثلاثة أوجه على ما ذكرنا.

فصل: فأما إذا منع الوكيل موكله من الثمن مع القدرة على دفعه لو كان باقياً، وكان الثمن قد هلك قبل منعه، والوكيل غير عالم به ففي ضمانه وجهان:

أحدهما: وهو قول ابن سريج: أنه ضامن لما يذهب إليه من أن الوديعة تضمن باعتقاد الامتناع من الرد.

والوجه الثاني: وهو الصحيح أنه لا ضمان عليه لتلف ذلك قبل وجود السبب الموجب للضمان. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَمْكَنَهُ فَمَنَعَهُ ثُمَّ جَاءَ لِيُوصِلَهُ إِلَيْهِ فَتَلَفَ ضَمِنَهُ وَلَوْ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ قَدْ دَفَعْتُهُ إِلَيْكَ لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا منع الوكيل من دفع الثمن إلى موكله من غير عذر له في المنع صار ضامناً. فلو حمله بعد ذلك ليدفعه إليه، فتلف كان عليه غرمه لأن ما صار مضموناً لزم غرمه بالتلف، فلو ادعى بعد امتناعه من الدفع بغير عذر، أنه قد دفع الثمن إلى موكله لم يقبل قوله لتعلق الضمان بذمته. فلو طلب الإشهاد على موكله بالدفع لزمه ذلك،

فلو أبرأه الموكل من الضمان فإن كان بعد تلف الشيء، في يده وتعلق الغرم بذمته صحت البراءة وإن كان مع بقاء الشيء المضمون في يد الوكيل ففي صحة البراءة وجهان:

أحدهما: تصح كالإبراء مما تعلق بذمته ـ فعلى هذا إذا ادعى رده بعد ذلك قبل منه.

والثاني: أن البراءة منه لا تصح لأنها عين مضمونة كالغصب لا يسقط ضمانه بالإبراء منه ـ فعلى هذا إن ادعى رده لم يقبل منه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الْمُزَنِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ صَاحِبُهُ لَهُ قَدْ طَلَبْتُهُ مِنْكَ فَمَنَعْتَنِي فَأَنْتَ ضَامِنٌ فَهُوَ مُدَّعٍ أَنَّ الأَمَانَةَ تَحَوَّلَتْ مَضْمُونَةً وَعَلَيْهِ البَيِّنَةُ وَعَلَى المُنْكِرِ اليَمِينُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا منعه من دفع الثمن إليه حتى هلك ثم اختلفا. فقال الوكيل: منعتك معذوراً فلا ضمان عليَّ. وقال الموكل: منعتني غير معذور فعليك الضمان، فالقول قول الوكيل مع يمينه، إذا كان ما قاله ممكناً، ولا ضمان عليه لأنه على أصل أمانته فلا تقبل دعوى الموكل عليه في انتقاله عن الأمانة إلى الضمان. وبالله التوفيق.

مسألة: قَالَ الْمُزَنِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ وَكَّلْتُكَ بِبَيْعِ مَتَاعِي وَقَبَضْتَهُ مِنِّي فَأَنْكَرَ ثُمَّ أَقَرَّ أَوْ قَامَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَيْهِ بِذَلِكَ ضَمِنَ لأَنَّهُ خَرَجَ بِالْجُحُودِ مِنَ الأَمَانَاتِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح وصورتها في رجل ادعى على رجل أنه وكله ببيع متاعه وأقبضه إياه فأنكر المدعى عليه الوكالة وقبض المتاع فالقول قوله مع يمينه لأنه منكر. فإن أقام المدعي بينة بالوكالة وقبض المتاع، صار ضامناً لأنه خرج بالجحود عن الأمانة فصار كجاحد الوديعة، فلو ادعى بعد قيام البينة عليه تلفها أو ردَّها على مالكها لم تقبل دعواه، لأن من ضمن مالاً لم يقبل قوله في ادعاء البراءة منه. ولأنه صار بالإنكار الأول مكذباً لهذه الدعوى منه.

وهكذا لو عاد بعد إنكاره فأقر بقبض المتاع فادعى تلفه أو ردَّه لم يقبل منه، وكان ضامناً له لقيام البينة عليه بقبضه، فلو أقام البينة برده على موكله أو بتلف ذلك في يده قبل جحوده ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنها بينة مردودة لأنه قد أكذبها بسابق إنكاره.

والوجه الثاني: وهو قول أبي القاسم الصيمري وحكاه أبو حامد الإسفراييني أن بينته مقبولة لتقدم ما شهد به على الجحود الموجب للضمان. والوجه الأول أصح.

مسألة: قَالَ الْمُزَنِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ وَكَّلْتُكَ بِبَيْعِ مَتَاعِي فَبِعْتَهُ فَقَالَ مَا لَكَ عِنْدِي

شَيْءٌ فَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَيْهِ بِذَلِكَ فَقَالَ صَدَقُوا وَقَدْ دَفَعْتُ إِلَيْهِ ثَمَنَهُ فَهُوَ مُصَدَّقٌ لأَنَّ مَنْ دَفَعَ شَيْئاً إِلَى أَهْلِهِ فَلَيْسَ هُوَ عِنْدَهُ وَلَمْ يُكَذِّبْ نَفْسَهُ فَهُوَ عَلَى أَصْلِ أَمَانَتِهِ وَتَصْدِيقِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا ادعى عليه توكيله في متاع أقبضه إياه ليبيعه، فقال الوكيل: ما لك عندي شيء أو ليس لك في يدي حق. فهذا جواب مقنع في الدعوى، والقول فيه قوله مع يمين لأنه منكر. وكل من ادعى عليه مال في يديه وذكر المدعي سبب استحقاقه كالوديعة والغصب، فللمدعى عليه إذا كان منكراً أن يجيب بأحد جوابين.

إما أن يقول: ما أخذت منك هذه الوديعة ولا غصبتك هذا المال، وإما أن يقول: ما لك قبلي حق. فكلا الجوابين مقنع في إنكار الدعوى وعليه اليمين وصفة إحلافه مختلفة بحسب اختلاف الجواب:

فإن كان جوابه بأن قال ليس لك قبلي حق. أحلف على ما أجاب بالله أن ما له قبله حق، ولا يجوز للحاكم أن يحلفه ما أخذ وديعته أو ما غصبه، لأنه قد يجوز أن يكون قد ملكه عليه بعد الوديعة والغصب بهبة أو بيع استوفى ثمنه فلا يكون له قبله حق ويحنث إن حلف ما استودع ولا غصب.

وإن كان جوابه أن قال: ما غصبتك أو قال: ما أخذت وديعتك فقد اختلف أصحابنا في صفة إحلافه على وجهين:

أحدهما: أنه يحلف بالله ما له قبله حق احترازاً مما ذكرنا.

والوجه الثاني: أن يحلف على ما أجاب بالله ما غصبه ولا أخذ وديعته لأن تركه الاحتراز في جوابه ينفي التوهم عنه فيما ذكرنا.

فصل: فإذا ثبت أن جوابه بما ذكرنا مقنع، فحلف ثم قامت البينة عليه بقبض المال أو عاد فأقر به ثم ادعى تلفه أو رد ثمنه لم يضمن وكان قوله مقبولاً لأمرين: -

أحدهما: أن ما ادعاه في الثاني مطابق لما أجاب به في الأول، لأن من رد الشيء على مالكه فليس له شيء في يده.

والثاني: أنه ليس له في جوابه الأول تكذيب الشهود وبهذين المعنيين في هاتين المسألتين، فلو قامت عليه البينة في هذه المسألة بأن المتاع كان في يده بعد أن أجاب بأن لا شيء لك عندي، صار ضامناً، ولم يقبل قوله في الرد أو التلف لأن هذا الجواب منه مع بقاء الشيء في يده كذب وجحود، فصار ضامناً.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «وَإِنْ أَمَرَ المُوَكِّلُ الوَكِيلَ أَنْ يَدْفَعَ مَالاً إِلَى رَجُلٍ فَادَّعَى أَنَّهُ دَفَعَهُ إِلَيْهِ لَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ وَاحْتَجَّ الشَّافِعِيُّ فِي ذَلِكَ بِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ وَبِأَنَّ الَّذِي زَعَمَ أَنَّهُ دَفَعَهُ إِلَيْهِ لَيْسَ هُوَ الَّذِي ائْتَمَنَهُ عَلَى المَالِ كَمَا أَنَّ اليَتَامَى لَيْسُوا الَّذِينَ ائْتَمَنُوهُ عَلَى المَالِ وَقَالَ اللَّهُ جَلَّ ثَنَاؤُهُ ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ الآية وَبِهَذَا فَرَّقَ بَيْنَ قَوْلِهِ لِمَنْ ائْتَمَنَهُ قَدْ دَفَعْتُهُ إِلَيْكَ يُقْبَلُ لأَنَّهُ ائْتَمَنَهُ وَبَيْنَ قَوْلِهِ لِمَنْ لَمْ يَأْتَمِنْهُ عَلَيْهِ قَدْ دَفَعْتُهُ إِلَيْكَ فَلَا يُقْبَلُ لأَنَّهُ الَّذِي لَيْسَ ائْتَمَنَهُ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل أمر وكيله بدفع مال إلى رجل فادعى الوكيل الدفع وأنكر المدفوع إليه القبض فلا يخلو ذلك من أربعة أقسام: ـ

أحدها: أن يكون ديناً في ذمة الموكل، فقول الوكيل في الدفع غير مقبول على المدفوع إليه، لأن الموكل لو ادعى دفعاً لم تقبل دعواه، فوكيله في دفعه أولى أن لا تقبل دعواه. ويكون صاحب الدين على حقه في مطالبة الموكل بدينه. وليس له مطالبة الوكيل به.

فأما قبول قول الوكيل على الموكل فلا يخلو حال الموكل من أن يصدقه على الدفع أو يكذبه. فإن كذبه على ما ادعاه من الدفع، لم يقبل قوله عليه. وكان ضامناً له. لأنه إن كان أميناً له فقوله غير مقبول في الدفع إلى غيره. ألا ترى أن الوصي أمين للموصي ولا يقبل قوله على اليتيم في دفع ماله إليه لأنه يدعي دفعاً إلى غير من ائتمنه ولذلك أمره الله تعالى بالإشهاد على اليتيم في دفعه ماله إليه بقوله ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦] لأن غير الأيتام ائتمنوهم.

وقال تعالى في غير الأوصياء ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣] فأمره بأداء الأمانة إلى من ائتمنه من غير إشهاد، لأن قولهم في الدفع غير مقبول.

فإذا ثبت أن قول الوصي غير مقبول في دفع مال اليتيم إليه، وإن كان مؤتمناً، لأن الائتمان من جهة غيره. فكذا قول الوكيل غير مقبول في دفع المال إلى غير موكله وإن كان مؤتمناً، لأنه دفع إلى غير مؤتمنه. إذ لا فرق بين أن يكون المؤتمن موصياً مات أو موكلاً باقياً.

فأما إن صدق الموكل وكيله في الدفع فلا يخلو حال الموكل من أن يكون حاضراً للدفع أو غائباً عنه. فإن كان غائباً عنه فالوكيل ضامن مع تصديق الموكل كما كان ضامناً مع تكذيبه لأنه وإن صدقه على الدفع فقد فرط بترك الإشهاد، لأن أمره بالدفع يقتضي دفعاً يبرئه

من المطالبة، ولا يكون ذلك مع جواز الجحود إلا بالإشهاد فصار الوكيل بترك الإشهاد مفرطاً فيضمن به كما يضمن بالخيانة.

وإن كان الموكل حاضراً لدفع الوكيل ففي وجوب الضمان على الوكيل وجهان:

أحدهما: لا ضمان عليه والإشهاد غير لازم له لأن الموكل إذا حضر كان هو المستوفي المستوثق لنفسه بالإشهاد فلم يكن من الوكيل تفريط يضمن به.

والوجه الثاني: عليه الضمان ويلزمه في الدفع الإشهاد لأن ما كان من شروطه مع غيبة الموكل، كان من شروطه مع حضوره، وليس ما أنفق من حضور الموكل بمسقط لحق الاستيثاق عن الوكيل.

فصل: **والقسم الثاني**: أن يكون المدفوع عيناً مضمونة في يد الموكّل كالعواري والغصوب، فيدعي المأمور بالدفع أنه قد دفعها إلى ربها وينكر بها ذلك. فالقول قوله مع يمينه، وقول الوكيل غير مقبول على واحد منهما في الدفع. ولصاحب العارية والمال المغصوب أن يرجع على من شاء من الموكل والوكيل، بخلاف الدين الذي لا يرجع صاحبه على الوكيل لأن الوكيل في قضاء الدين تثبت له يد على عين مال لرب الدين، وقد ثبت للوكيل في رد العارية والغصب يد على عين مال رب العارية والغصب فكانت يد الوكيل في وجوب الضمان كالموكل. فإن رجع رب العارية بالغرم على الموكل رجع الموكل به على الوكيل إن لم يصدقه على الدفع.

وإن صدقه وكان غائباً عن الدفع، رجع به أيضاً، وإن كان حاضراً فعلى ما ذكرنا من الوجهين.

وإن رجع رب العارية بالغرم على الوكيل لم يرجع الوكيل به على الموكل إن كذبه ولا إن صدقه وكان غائباً. وهل يرجع به إن كان حاضراً معه على الوجهين.

فصل: **القسم الثالث**: أن يكون ذلك وديعة في يد الموكل فلا يخلو حال رب الوديعة أحد أمرين:

إما أن يكون قد أذن المودع أن يوكل في ردها وإما لا.

فإن لم يأذن له في التوكيل في رد الوديعة عليه، فقول الوكيل غير مقبول في الرد والمودع ضامن للوديعة. وهل يكون الوكيل ضامناً لها أم لا؟ على وجهين مبنيين على اختلاف الوجهين في الوكيل في رد الوديعة، هل يجب عليه الإشهاد على ردها أم لا؟ على وجهين: وإن أذن له أن يوكل في ردها فهذا على ضربين: -

أحدهما: أن يصدقه على التوكيل فيكون قول الوكيل في هذا مقبولاً على رب الوديعة في ردها عليه لأنه صار وكيلاً له وقول الوكيل مقبول على موكله.

والضرب الثاني: أن يكذبه في التوكيل مع اعترافه بالإذن فيه. فهل يقبل قول المودع في الوكالة أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يقبل قوله لأن التوكيل من جهته فعلى هذا تصح وكالة الوكيل عن رب الوديعة ويصير قول الوكيل مقبولاً عليه في الرد.

والوجه الثاني: أن قول المودع غير مقبول في الوكالة لأنه مدع عقد توكيل على غيره. فعلى هذا لا يقبل قول الوكيل في الرد ويصير المودع ضامناً، وليس له إذاغرم الوديعة أن يرجع بها على الوكيل لأن المودع مفرط بترك الإشهاد في التوكيل، فصار ضامناً لتفريطه فلم يجز أن يرجع به على غيره.

فصل: **القسم الرابع**: أن يكون ذلك وديعة للموكل ويأمر وكيله بإيداعها عند رجل، فيدعي الوكيل تسليمها إليه فيكذب في دعواه فلا يخلو ذلك من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكذبه المالك الموكل في الدفع، ويكذبه المودع في القبض ففيه وجهان من اختلافهم في وجوب الإشهاد عليه عند الدفع: **أحدهما** يجب عليه الإشهاد كما يجب عليه في قضاء الدين. فعلى هذا يكون الوكيل بترك الإشهاد مفرطاً وقوله في الدفع بعد ضمانه بالتفريط غير مقبول

والوجه الثاني: أن الإشهاد لا يجب عليه في دفع الوديعة لأن المودع عنده لو ادعى تلفها، بعد الإشهاد عليه، كان مقبول القول فيه. فعلى هذا لا يكون مفرطاً وقوله في الدفع مقبول.

والقسم الثاني: أن يصدقه المالك الموكل ويكذبه المودع فلا ضمان على الوكيل، وقوله بتصديق الموكل مقبول عليه في سقوط الضمان عنه، وغير مقبول على المودع. فإذا حلف المودع ما تسلم منه الوديعة بريء من الدعوى.

والقسم الثالث: أن يصدقه المودع على قبضها منه، ويدعي تلفها ويكذبه المالك الموكل، فقول الوكيل مقبول، وهو من ضمانها بريء لأن إقرار المودع بالقبض أقوى من الإشهاد عليه. فلما بريء بالإشهاد عليه فأولى أن يبرأ بالإقرار.

فصل: فأما ولي الطفل فيما يدعيه عليه من مال صرفه إليه فلا يخلو من ثلاثة أقسام:

أحدهما: أن يكون أباً أو أمين حاكم أو وصي أب. فإن كان الولي آباً يلي بنفسه فهو

مقبول القول على ولده إذا بلغ رشيداً فيما أنفقه عليه من ماله، وفيما دفعه إليه من ماله، لانتفاء التهمة عنه، فكان بقبول قوله على ولده أولى من وكيل الحي.

وإن كان الولي أمين حاكم، فقوله فيما أنفقه عليه مقبول، وفيما رده عليه من ماله غير مقبول لما ندب إليه من الإشهاد عليه.

وقال ابن المرزبان من أصحابنا البغداديين: إن قوله في رد ماله عليه مقبول كقبوله في النفقة. وهذا خطأ والفرق بين النفقة ورد المال من وجهين:

أحدهما: أن النفقة عليه في حال الصغر وحين الولاية يقبل قوله فيها ورد ماله عليه بعد البلوغ والرشد فلم يقبل قوله فيه.

والثاني: أن الإشهاد على النفقة متعذر، فكان قوله فيها مقبولاً، والإشهاد على رد المال ممكن فلم يقبل قوله فيه.

وهكذا حال ولي المحجور عليه بالسفه يستوي فيه مال الأب وولي الحاكم يقبل قوله في النفقة ولا يقبل في رد المال بعد الرشد.

وإن كان ولي الطفل وصياً ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة وجمهور أصحابنا إنه كأمين الحاكم يقبل قوله في النفقة، ولا يقبل قوله في رد المال لأن ولايته بغيره.

والوجه الثاني: أنه كالأب مقبول القول في النفقة ورد المال. لأن الأب قد أقامه مقام نفسه. وهذا خطأ لأن أمين الحاكم قائم مقام الحاكم وقوله في رد المال غير مقبول بخلاف الحاكم فكذا الوصي والله أعلم.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ جَعَلَ لِلْوَكِيلِ فِيمَا وَكَّلَهُ جعلاً فَقَالَ لِلْمُوَكِّلِ جُعْلي قبلك وَقَدْ دَفَعْتُ إِلَيْكَ مَالَكَ فَقَالَ بَلْ خُنْتَنِي فَالجُعْلُ مَضْمُونٌ لَا تُبَرِّئُهُ مِنْهُ دَعْوَاهُ الخِيَانَةَ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال وقد ذكرنا أن الوكالة تجوز بجعل وبغير جعل ولا يصح الجعل إلا أن يكون معلوماً. فلو قال: قد وكلتك في بيع هذا الثوب على أن جعلك عشر ثمنه أو من كل مائة درهم في ثمنه درهم لم يصح للجهل بمبلغ الثمن وله أجرة مثله. فلو وكله في بيع ثوب بجعل معلوم فباعه بيعاً فاسداً فلا جعل له لأن مطلق الإذن بالبيع يقتضي ما صح منه. فصار الفاسد غير مأذون فيه، فلم يستحق جعلاً عليه.

فلو باعه بيعاً صحيحاً وقبض ثمنه وتلف الثمن في يده فله الأجرةلوجود العمل. وهذا بخلاف الصانع إذا استؤجر على خياطة ثوب أو قصارته فتلف في يده بعد عمله فلا أجرة له إن كان مشتركاً.

والفرق بينهما أن المقصود من الأجير تسليمه العمل المستحق في مقابلة العوض فما لم يحصل التسليم لم يجب ما في مقابلته من العوض. والمقصود من الوكيل وجود العمل المأذون فيه، فلو باع الوكيل الثوب فتلف الثوب في يده، قبل تسليمه إلى مستحقه بطل البيع، ولم يبطل جعل الوكيل، لأن بطلانه بمعنى حادث بعد صحته فصار بالعمل موجوداً منه وكان بخلاف وقوع البيع فاسداً. فلو سلم الثوب إلى مشتريه وقبض ثمنه فتلف في يده ثم استحق الثوب في يد المشتري كان البيع فاسداً وللوكيل جعله لأن بطلانه ليس من جهة الوكيل. فصار مقصوده بالإذن مجرد العمل على وجه الصحة دون الصحة وقد وجد من الوكيل ذلك العمل.

أما رجوع المشتري بالثمن فإن لم يعلم بالوكالة، فله الرجوع على الوكيل، ويرجع الوكيل به على الموكل. وإن علم بالوكالة ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي حامد المروزي ذكره في جامعه: أنه يرجع به علي الموكل، دون الوكيل، لأنه مبيع عليه كالمبيع على المفلس.

والوجه الثاني: أن له أن يرجع على من شاء من الموكل والوكيل لأن لكل واحد منهما في العقد تأثيراً.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا من جواز الوكالة بالجعل واستحقاقه بعد العمل فطالب الوكيل الموكل بجعله واستحقاقه بعد العمل وادعى أنه قد باع ما وكل في بيعه وأنه قد رد ثمنه على موكله فللموكل حالتان:

حالة ينكر العمل الذي ادعاه من البيع وقبض الثمن.

وحالة يعترف به.

فإن أنكر الموكل ذلك فالقول قوله مع يمينه. ولا جعل للوكيل إلا ببينة يقيمها على البيع، سواء قبل قوله في البيع أم لا. لأنه يدعي عملاً يستحق به جعلاً فلم يقبل قوله في دعواه.

وإن صدقه الموكل على ذلك، وادعى دفع الجعل إليه فالقول قول الوكيل مع يمينه. وله الجعل لأن الموكل مدع براءة ذمته من جعل تعلق بها. فلو قال له الموكل بعد تصديقه على البيع إنك خنتني في عملك بقدر جعلك فبرئت عنه بخيانتك وأنكر الوكيل الخيانة

فالقول قول الوكيل مع يمينه أنه لم يخن، وله المطالبة بجعله لأمرين:

أحدهما: أن جعله ثابت والموكل يدعي البراءة منه فلم تقبل دعواه.

والثاني: أنه أمين لموكله والموكل يدعي حدوث خيانة فلم تقبل دعواه والله أعلم.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ مَالاً يَشْتَرِي لَهُ بِهِ طَعَاماً فَسَلَّفَهُ ثُمَّ اشْتَرَى لَهُ بِمِثْلِهِ طَعَاماً فَهُوَ ضَامِنٌ لِلْمَالِ وَالطَّعَامِ لَهُ لأَنَّهُ خَرَجَ مِنْ وَكَالَتِهِ بِالتَّعَدِّي وَاشْتَرَى بِغَيْرِ مَا أَمَرَهُ بِهِ».

قال الماوردي: اعلم أن لهذه المسألة مقدمة لا يستغنى عن شرحها وتقرير المذهب فيها ليكون الجواب في المسألة مبنياً عليها. وهو أن الرجل إذا وكل رجلاً في ابتياع متاع له فلا يخلو حاله من أحد أمرين: إما أن يدفع إليه الثمن وأم لا.

فإن لم يدفع الثمن إليه، جاز للوكيل أن يشتريه بثمن في ذمته، ناوياً به أنه لموكله فيكون الملك بالعقد واقعاً للموكل دون الوكيل.

وقال أبو حنيفة: يقع الملك بالعقد للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل استدلالاً بأن ما ملكه الإنسان بعقد غيره وقع الملك للعاقد ثم انتقل عنه إلى متملكه كالشفعة يقع الملك إلى المشتري ثم ينتقل عنه إلى الشفيع. ولأن الوكيل يلزمه الثمن بعقده فوجب أن يقع له الملك بعقده لأن الثمن في مقابلة المثمن ولأنه لما كان من شروط العقد والافتراق معتبراً بالعاقدين اقتضى أن يكون موجبه من الملك واقعاً للعاقدين.

ودليلنا أن كل ما عقد الوكيل للموكل اقتضى وقوع الملك بالعقد للموكل كالنكاح. ولأن كل من ناب في العقد عن غيره وقع الملك به للمعقود له دون عاقده قياساً على ولي اليتيم وأبي الطفل. ولأنه لما كان الوكيل في البيع لا يملك الثمن، ويكون الثمن بالعقد ملكاً للموكل وجب أن يكون الوكيل في الشرى لا يملك المبيع المثمن ويكون العقد بالملك للموكل. وتحريره أنه أحد المملوكين بالعقد فوجب أن يملكه الموكل بالعقد قياساً على الثمن.

فأما الجواب عن استدلالهم بالشفعة فمنتقض بولي اليتيم وأب الطفل ثم المعنى في الشفيع أنه يملك المبيع بالشفعة دون العقد.

وأما الجواب عن استدلالهم بالثمن فسنذكر من شرح المذهب فيه ما يكون انفصالاً عنه.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن تمام العقد بالمتعاقدين فكذا موجبه في الملك واقعاً

للمتعاقدين فهو أنه منتقض بالحاكم وولي اليتيم وأب الطفل وبعقد النكاح. وليس لهم استدلال في المسألة يسلم من الكسر.

فصل: فإذا ثبت أن الملك يكون واقعاً بالعقد للموكل دون الوكيل فللوكيل حالتان:

إحداهما: أن يذكر اسم موكله في العقد فيقول: قد اشتريت هذا العبد لفلان بأمره فيكون الثمن واجباً على الموكل. وهل يكون الوكيل ضامناً له أم لا؟ على وجهين حكاهما ابن سريج. أحدهما عليه ضمانه لأنه عاقد. والثاني لا يلزمه ضمانه لأنه غير مالكه.

والحالة الثانية: أن لا يذكر الوكيل اسم موكله في العقد، ولكن ينوي بقلبه أن الشرى لموكله. فعلى الوكيل ضمان الثمن بالعقد. وهل يصير الثمن واجباً على الموكل بالعقد أم لا على وجهين حكاهما ابن سريج.

أحدهما: أنه يكون الثمن واجباً عليه بالعقد لوقوع الملك له بالعقد. فعلى هذا يكون البائع بالخيار بين مطالبة الوكيل به أو الموكل. فإذا أخذه من أحدهما برئا معاً.

والوجه الثاني: أن الثمن غير واجب على الموكل بالعقد وإنما يلزم الوكيل وحده لتفرده بالعقد. فعلى هذا يطالب البائع الوكيل وحده بالثمن دون الموكل. وهل يستحق الوكيل الثمن على الموكل قبل أدائه أم لا؟ على وجهين حكاهما ابن سريج:

أحدهما: أنه لا يستحقه عليه إلا بعد أدائه عنه، فإن أداه الوكيل عنه رجع به عليه حينئذ وإن أبرأه البائع منه لم يرجع به على الموكل فصار الموكل مالكاً للعبد بغير بدل.

والوجه الثاني: أن الوكيل قد استحق الثمن على الموكل بما وجب على الوكيل من ضمانه بالعقد وله مطالبة الموكل به قبل أدائه، وإن أبرء الوكيل منه لم يرجع به على الموكل. ولو دفع بالثمن عرضاً رجع على الموكل بالثمن دون قيمة العرض. وعلى الوجه الأول إذا دفع الوكيل بالثمن عرضاً رجع على الموكل بأقل الأمرين من الثمن أو قيمة العرض.

فلو أراد الوكيل أن يمنع الموكل من العبد إلا بعد قبض ثمنه لم يكن له ذلك على الوجهين معاً لأن البائع لم يبتعه منه.

فصل: فإن جحد الموكل إذنه للوكيل بالشرى فالقول قوله مع يمينه ما لم يقم عليه بينة به ولا يلزم الشرى. ثم لا يخلو حال الوكيل من أن يكون قد ذكر الموكل في عقد الشرى أم لا. فإن كان ذكره نظر حال البائع فإن صدق الوكيل على ما ادعاه من إذن الموكل كان البيع باطلاً. وإن كذب الوكيل فهل يصير الشرى لازماً للوكيل أم لا؟ على وجهين بناء على اختلاف الوجهين في الوكيل هل يكون ضامناً للثمن مع تسمية الموكل له أم لا.

فإن لم يكن الوكيل قد ذكر موكله في عقد الشرى نظر في حال البائع. فإن كذب الوكيل على ما ادعاه من إذن الموكل فالشرى لازم للوكيل. وإن صدقه على الإذن ففي بطلان العقد وجهان بناء على اختلاف الوجهين في الموكل هل يصير مشاركاً للوكيل في التزام الثمن بالعقد فإذا قيل يبطل الشرى سقط الثمن عن الوكيل إن كان في ذمته ورجع به على البائع إن كان قد أدَّاه. وإذا قيل بلزوم الشرى للوكيل فهل يصير مالكاً للعبد المشترى أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنه قد صار مالكاً له كسائر أملاكه يملك كسبه وزيادة ثمنه.

والوجه الثاني: لا يملكه وإنما يكون في يده ليستوفي من ثمنه ما أدَّاه في ثمنه. فإن زاد الثمن لم يملك الزيادة ولا فاضل الكسب.

فصل: فأما أب الطفل وولي اليتيم إذا اشتريا شيئاً للطفل أو اليتيم، فإن لم يذكرا في العقد اسم الطفل، كان الأب والولي ضامنين للثمن، ولا يضمنه الطفل في ذمته ويؤديا ذلك من ماله، وإن ذكر اسمه في العقد لم يلزمهما ضمان بخلاف الوكيل في أحد الوجهين.

والفرق بين الولي والوكيل أن شرى الولي لازم للمولى عليه بغير إذنه فلم يلزم الولي ضمانه. وشرى الوكيل يلزم بإذن موكله فلزم الوكيل ضمانه.

فهذا أحد فصلي المقدمة.

فصل: فأما الفصل الثاني من المقدمة وهو أن يدفع الموكل مالاً إلى وكيله ليشتري له عبداً به. فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يأمره أن يشتري بعين المال عبداً فوجب على الوكيل أن يشتري العبد بعين مال موكله. فإن اشتراه في ذمته لم يلزم للموكل وكان الشرى لازماً للوكيل.

وقال أبو حنيفة: الوكيل بالخيار بين أن يشتري العبد بعين المال وبين أن يشتريه في ذمته. وهو في كلا الحالين لازم للموكل. وبنا ذلك على أصله أن الدراهم والدنانير لا يتعينان عنده وهذا خطأ لتعيين الدراهم والدنانير عندنا في العقود كما تتعين في الغصوب. وقد دللنا على ذلك في كتاب البيوع ولأن يد الوكيل كيد المودع ومال الوديعة متعين وكذا ما بيد الوكيل متعين. وإذا تعين ما بيده لموكله حتى لا يجوز أن يرد عليه عين ماله وجب أن يكون الشرى محمولاً على موجب إذنه.

والقسم الثاني: أن يأمره أن يشتري في ذمته ويفقد المال في ثمنه. فإن اشتراه في الذمة صح، وكان لازماً للموكل. وإن اشتراه بعين المال ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي الطبري ذكره في إفصاحه: إن الشرى جائز وهو للموكل لازم لأن العقد على المعين أحوط.

والوجه الثاني: وهو اختيار أبي حامد الإسفراييني أن الشرى باطل، لا يلزم الوكيل لأنه غير مالك للعين ولا يلزم الموكل لأن الوكيل قد فوت عليه غرضاً لأن العقد في الذمة لا يبطل بتلف الثمن. فصار فعل الوكيل مخالفاً لأمر الموكل. فلو امتثل الوكيل أمر موكله واشترى العبد بثمن في ذمته ثم نقد الثمن من عنده بري الوكيل والموكل منه. ولم يكن للوكيل أن يرجع على الموكل لأن أمره بنقد هذا المال في الثمن يتضمن نهياً عن نقده من غيره.

والقسم الثالث: أن يطلق الإذن في الشرى عند دفع المال. فيقول: خذ هذا المال فاشتر لي عبداً. فقد اختلف أصحابنا هل يكون إطلاقه مقتضياً للتعيين أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي الطبري: إنه يقتضيه لأن تقديم الثمن على العبد شاهد فيه. فعلى هذا إن اشترى في ذمته كان الشرى لازماً للوكيل دون الموكل.

والوجه الثاني: وهو قول البصريين: إنه لا يقتضي التعيين لأن الإطلاق على العموم. فعلى هذا يكون الوكيل مخيراً بين العقد على العين أو في الذمة. فهذا شرح المقدمة.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فصورة مسألة الكتاب في رجل دفع إلى رجل مالاً ليشتري له به طعاماً، فتسلف المال قرضاً ثم اشترى له بمثله من ماله طعاماً. فالشرى غير لازم للموكل سواء كان الموكل قد أذن في الشرى بعين المال أو في الذمة.

وقال أبو حنيفة: الشري لازم للموكل سواء كان الإذن بالعين أو في الذمة وهذا خطأ لأن الوكالة بتلف المال واستهلاكه باطلة لانعقادها به. وإذا بطلت الوكالة وانعزل الوكيل فعقده لازم لنفسه دون موكله.

فلو أن الوكيل لم يستهلك المال ولكن تعدى فيه تعدياً صار له به ضامناً فقد اختلف أصحابنا هل ينعزل بتعديه عن الوكالة أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: ينعزل عن الوكالة بالتعدي لأنه مؤتمن كالمودع الذي ينعزل بالتعدي عن الوديعة فعلى هذا يكون الشري لازماً للوكيل دون موكله.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي الطبري إنه على الوكالة لا ينعزل عنها بالتعدي مع بقاء الملك كالمرتهن لا يبطل الرهن بتعديه وإن كان مؤتمناً. فعلى هذا يكون الشرى لازماً للوكيل.

فصل: فلو قال الرجل لوكيله: ابتع لي من مالك عشرة أقفزة حنطة بمائة درهم جاز ثم فيه لأصحابنا وجهان حكاهما أبو القاسم الصيمري:

أحدهما: أنه قرض فيه وكالة. فعلى هذا إن لم ينص على قدر الثمن كان فاسداً لأن القرض المجهول باطل.

والوجه الثاني: أنه عقد وكالة فيه قرض. فعلى هذا لو لم ينص على قدر الثمن كان جائزاً، لجواز الوكالة فيما لم ينص الموكل على قدر ثمنه.

ويتفرع على هذين الوجهين أن يقول الرجل لغيره: قد أقرضتك ألف على أنَّ ما رزق الله تعالى فيها من ربح فهو بيننا نصفين.

فأحد الوجهين: أنه قرض فاسد فيكون ضامناً للمال وله الربح دون المقرض.

والوجه الثاني: أنها مضاربة فاسدة. فعلى هذا ليس عليه ضمان المال والربح له وللعامل أجرة مثله.

فصل: وإذا قال الرجل لغيره: بع عبدك هذا على زيد بألف درهم عليَّ دونه فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون هذا القابل هو المتولي للعقد، فيصح ويكون مشترياً لغيره بثمن في ذمته، فيعتبر حال زيد المشترى له، فإن كان مولى عليه وأذنا فيه كان الشرى للعاقد على ما وصفنا.

والضرب الثاني: أن يكون زيد هو العاقد دون القابل الضامن ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول ابن سريج: إنه جائز ويكون العبد لزيد المشتري بغير ثمن، والثمن على الضامن. وهذا قول أبي حنيفة لأن للثمن محلاً قد ثبت فيه فلم يفترق حكم ثبوته في ذمة المشتري.

والوجه الثاني: وهو الصحيح أن الشرى باطل لأن عقد البيع ما أوجب بتمليك المبيع عوضاً. وهذا عقد قد خلا عن عوض على المالك به فكان باطلاً. فعلى هذا لو قال بع عبدك هذا بألف درهم على زيد وبخمسمائة عليَّ دونه ففعل كان العقد جائزاً على قول ابن سريج وأبي حنيفة ويلزم المشتري ألف والضامن خمسمائة.

وعلى الوجه الثاني باطل ولكن لو قال بع عبدك هذا على زيد بألف درهم وأنا ضامن بخمسمائة منها فباعه عليه صح البيع لزيد بألف درهم عليه. وهل يكون الضمان في

الخمسمائة لازماً للضامن، على وجهين أحدهما وهو قول ابن سريج: إن يلزمه ضمانها. والوجه الثاني أن ضمانها باطل لأنه ضمنها قبل استحقاقها.

فصل: وإذا قال رجل لعبد غيره: اشتر لي نفسك من سيدك فاشترى العبد نفسه من سيده لأمره. قال أبو العباس الشراء جائز ويصير العبد ملكاً للآمر. وهذا قول أبي حنيفة، وهو دليل عليه في أن الملك يقع بالعقد للموكل دون الوكيل ولو كان واقعاً للوكيل لعتق العبد لأنه ملك نفسه وهو لا يعتقه.

ومذهب الشافعي رحمه الله أن هذا الشراء باطل لأن فعل العبد منسوب إلى سيده فصار السيد مبايعاً لنفسه.

مسألة: **قَالَ المُزَنِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ وَلاَ الوَصِيِّ أَنْ يَشْتَرِي مِنْ نَفْسِهِ».

قال الماوردي: اعلم أن النيابة في البيع والشراء قد تكون في أربعة أوجه: -

أحدهما: من جهة النسب وهو الأب والجد على ابنه الطفل.

والثاني: من جهة الحكم وهو للحاكم أو أمينه على المولى عليه لصغر أو سفه.

والثالث: من جهة الوصية وهو وصي الأب والجد على الطفل.

والرابع: من جهة الوكالة وهو وكيل الموكل الرشيد.

فاختلف الفقهاء هل يجوز لهؤلاء أن يبيعوا لأنفسهم ما لهم بيعه ويشتروا من أنفسهم ما لهم شراؤه على أربعة مذاهب: -

أحدهما: وهو مذهب مالك والأوزاعي أنه يجوز لجميعهم أن يبيعوا على أنفسهم ما لهم بيعه ويشتروا من أنفسهم.

والمذهب الثاني: وهو قول زفر بن الهذيل أنه لا يجوز لجميعهم أن يبيعوا على أنفسهم ولا أن يشتروا من أنفسهم.

والمذهب الثالث: وهو قول أبي حنيفة: أنه يجوز ذلك لهم إلا الوكيل وحده.

والمذهب الرابع: وهو مذهب الشافعي أنه لا يجوز ذلك لجميعهم إلا الأب وحده والجد مثله.

واستدل من ذهب إلى جوازه لجميعهم بأن المقصود من البيع حصول الثمن وفي

الشرى حصول المشتري ولذلك لم يلزم ذكر من له البيع والشرى بخلاف النكاح. فلم يقع الفرق بين حصول الثمن من النائب وغيره الحصول المقصود في الحالين وقياسه على الأب بعلة أن كل من جاز له بيع مال غيره جاز له بيعه على نفسه كالأب.

واستدل من منع جوازه لجميعهم بأن الإنسان مجبول على تغليب حظ نفسه على حظ غيره والنائب مندوب إلى طلب الحظ لمستنيبه فإذا باع من نفسه انصرف بجبلة الطبع إلى حظ نفسه، فصار المقصود بالنيابة معدوماً فلم يجز. وقياساً على الوكيل لأنه نائب في العقد عن غيره فلم يجز أن يعقد مع نفسه كالوكيل.

واستدل من منع منه للوكيل وحده وأجاز لمن سواه بأن نيابة الوكيل عن جائز الأمر فكان مأذوناً له من غير ولاية. فصار أنقص حالاً من ذي الولاية، فجاز للولي مبايعة نفسه لقوة سببه كالأب. ولم يجز لغير ذي الولاية من الوكيل مبايعة نفسه لضعف سببه كالأجنبي.

ودليلنا أن غير الأب لا يجوز له مبايعة نفسه هو ما روي أن رجلاً أوصى إلى رجل بوصية فأراد الوصي بيع فرس من التركة على نفسه فسأل عبد الله بن مسعود عن جوازه فقال له لا. وليس نعرف له مخالف من الصحابة. ولأن جبلة الطبع تصرفه عن حظ غيره إلى حظ نفسه. ولأن كل من كانت ولايته بغيره لم يكن له مبايعة نفسه كالوكيل.

ودليلنا على أن الأب يجوز له مبايعة نفسه هو أن الأب مجبول بحنوة الأبوة وشدة الميل والمحبة على طلب الحظ لولده والشح على نفسه في الجمع والاستكثار لولده ولذلك قال النبي ﷺ الولد مبخلة محزنة مجبنة فانتفت التهمة عنه في مبايعة نفسه وهذا المعنى مفقود فيمن عداه فصار هذا الحكم لاختصاصه بمعناه مقصوراً عليه منتفياً عمن سواه. وهذا دليل وانفصال فلو وكل الابن البالغ أباه في بيع سلعة فاختلف أصحابنا هل يجوز له بيعها على نفسه أم لا؟ على وجهين: -

أحدهما: يجوز كما لو كان في حجره وتغليباً لحكم الأبوة.

والثاني: لا يجوز لأن ارتفاع الحجر يقتضي تغليب الوكالة.

فصل: فأما الوصي والوكيل إذا أرادا بيع ما يتولياه بالوصية والوكالة على ابن نفسه، أو على أب نفسه. ففيه لأصحابنا وجهان: -

أحدهما: وهو قول أبي سعيد الاصطخري: أنه يجوز لأنه غير مبايع لنفسه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أنه لا يجوز لأنه متهوم في الميل إلى ولده، كما كان متهوماً في الميل إلى نفسه ولذلك لم يجز أن يشهد لولده، كما لا تصح منه

الشهادة لنفسه. فلم تجز مبايعة ولده بمال غيره كما لم تجز مبايعة نفسه.

فصل: فأما إذا جعل الموكل إلى وكيله أن يبيع على نفسه أو يشتري من نفسه فمذهب الشافعي رضي الله عنه أنه غير جائز لما فيه من التناقض المقصود وتنافي الغرضين. لأن عقد الوكالة قد أوجب عليه الاستقصاء لموكله وإذا كان هو المشتري انصرف إلى الاستقصاء لنفسه.

وقال ابن سريج يجوز ذلك كما يجوز أن يجعل إلى زوجته الطلاق لنفسها أو، إلى أمته عتقها. وهذا خطأ لما ذكرنا من الفرق بين البيع والطلاق والعتق في ثلاثة أوجه:

أحدهما: أن في البيع ثمناً يختلف بالزيادة والنقصان، فصار بالميل إلى نفسه متهوماً فيه، وليس في الطلاق والعتق ثمن تصير بالميل إلى نفسها متهومة فيه.

والثاني: أن العتق والطلاق أوسع لوقوعها بالصفات وتعليقها على الغرر والجهالات والبيع أضيق حكماً منه.

والثالث: أنه ليس في الطلاق والعتق قبول معتبر، وفي البيع قبول معتبر. فلم يجز أن يكون الباذل قابلاً.

فأما إذا وكله في بيع عبده ووكله الآخر في شرى العبد الموكل في بيعه لم يجز لتنافي المقصود في العقدين. وكان له أن يقيم على إحدى الوكالتين. فإن أراد أن يقيم على أسبقهما في بيع أو شراء جاز. وإن أراد أن يقيم على الثانية منهما كان بيعاً أو شراء احتمل وجهين:

أحدهما: لا يصح لأن شرط الأولى يمنع من جواز الثانية.

والوجه الثاني: يجوز لأن الوكالة لا تلزم فلم يكن للمتقدمة منهما تأثيراً وتبطل بقبول الثانية.

مسألة: **قَالَ المُزَنِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَنْ بَاعَ بِمَا لاَ يَتَغَابَنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ فَبَيْعُهُ مَرْدُودٌ لأَنَّ ذَلِكَ تَلَفٌ عَلَى صَاحِبِهِ فَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَمَعْنَاهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. وللموكل فيما أذن له ببيعه حالتان: حالة إطلاق وحالة تقييد.

فأما حالة الإطلاق فهو أن يأذن لوكيله في البيع إذناً مطلقاً من غير أن يقيده بشرط أو على صفة. فعلى الوكيل في بيعه ثلاثة شروط:

أحدها: أن يبيعه بغالب نقد البلد. فإن عدل إلى غيره لم يجز.

والشرط الثاني: أن يبيعه بثمن مثله فإن باعه بما لا يتغابن الناس بمثله لم يجز.

والشرط الثالث: أن يبيعه بثمن حال. فإن باعه بمؤجل لم يجز.

وقال أبو حنيفة: هذه الشروط الثلاثة في بيع الوكيل غير معتبرة. فإن باعه بغير نقد البلد وبما لا يتغابن الناس بمثله وإلى أجل كان بيعه نافذاً ولموكله لازماً استدلالاً بأن إطلاق الإذن يشتمل على عموم البيع وتخصيص المطلق لا يكون إلا بدليل كالمطلق من عموم الكتاب والسنة. فلما كان اسم البيع ينطلق على البيع بغير نقد البلد وبما لا يتغابن الناس به وعلى المؤجل وجب أن يصح لأنه عقد مأذون فيه كما لو باعه بنقد البلد وبثمن المثل وبالمعجل ثم استدل على جواز البيع بغير نقد البلد بأنه بيع بجنس الأثمان فصح كالمبيع بنقد البلد.

واستدل على جوازه بأقل من ثمن المثل بأن كل ما جاز بيع الموكل به جاز البيع الوكيل المطلق به، قياساً على ثمن المثل، واستدل على جوازه إلى أجل بأن الأجل مدة ملحقة بالعقد فجاز أن يملكها قياساً الوكيل على خيار الثلاث.

وهذا خطأ كله والدليل على ما قلنا في الشرط الأول وهو أن بيعه بغير نقد البلد لا يجوز هو أنه لما لم يصح من الوكيل في الشراء أن يشتري بغير نقد البلد، ولم يصح من الوكيل في البيع أن يبيع بغير نقد البلد. وتحريره أنه عقد معاوضة بوكالة مطلقة فوجب أن لا يصح بغير نقد البلد قياساً على الشراء. ولأن كل جنس لا يجوز للوكيل أن يبتاع به لم يجز للوكيل أن يبيع به قياساً عن البيع بغير جنس الأثمان وبالمحرمات. فعلى هذا لو كان غالب نقد البلد دراهم لم يجز بيعه بالدنانير. ولو كلا كل النقدين سواء، وليس أحدهما غالباً لزم الوكيل بيعها بأحظهما للموكل فإن استويا كان حينئذ مخيراً في بيعه بأيهما شاء.

فإن باعه بكلا النقدين من الدراهم والدنانير. فإن كان في عقدين صحا جميعاً إذا كان مما يجوز تفريق الصفقة في بيعه. وإن كان في عقد واحد فعلى وجهين:

أحدهما: يجوز الجمع بين النقدين «كما جاز إفراد كل واحد من النقدين».

والثاني: لا يجوز لأن غالب البياعات تتناول جنساً واحداً من الأثمان. فلم يجز أن يعدل إلى غالبها. وبالله التوفيق.

فصل: والدليل على الشرط الثاني وأن بيعه بما لا يتغابن الناس بمثله لا يجوز هو أنه عقد معاوضة عن وكالة مطلقة فوجب أن لا يصح بأقل من ثمن المثل قياساً على الشراء. ولأن كل من لم يملك الهبة لم يملك المحاباة فيه كالوصي والعبد المأذون له في التجارة. ولأن المحاباة كالهبة لاعتبارها من الثلث. فلما لم تصح من الوكيل في البيع هبة المال أو

بعضه. لم تصح منه المحاباة فيه. وتحريره أنه عقد استهلك به شيئاً من مال موكله بغير إذنه فوجب أن يكون باطلاً كالهبة.

فإذا ثبت ما ذكرنا وأن المثل معتبر وأن البيع بما لا يتغابن الناس بمثله باطل فالاعتبار بالغبن عرف الناس في مثل المبيع وليس له حد مقدر.

وقال مالك حد الغبن في البيوع والثلث فصاعداً لقوله ﷺ الثلث والثلث كثير.

وقال أبو حنيفة حد الغبن نصف العشر فصاعداً لأنه أقل ما يجب في زكوات الزروع والثمار.

وكلا المذهبين فاسد لأن عرف الناس فيما يكون غبناً كثيراً يختلف باختلاف الأجناس، فمن الأجناس ما يكون ربع العشر فيه غبناً كثيراً وهو الحنطة والشعير والذهب والورق ومنها ما يكون نصف العشر فيه غبناً يسيراً كالرقيق والجوهر والطرف فلم يجز أن يحد ذلك بقدر مع اختلافه في عرفهم ووجب الرجوع فيه إليهم فما كان في عرفهم غبناً كثيراً بطلنا وما كان فيه غبناً يسيراً أمضين أن البيوع لا تنفك من يسير المفانيات لأنها أرباح التجارات.

فإذا باع الوكيل بما لا يتغابن الناس بمثله كان بيعه باطلاً. ولا ضمان عليه ما لم يسلم المبيع فإن سلمه صار بالتسليم ضامناً ولزمه استرجاع المبيع إن كان باقياً. فإن هلك في يد المشتري كان كل من الوكيل والمشتري ضامناً.

أما المشتري فضامن لجميع القيمة لأنه قابض عن عقد بيع فاسد. وأما الوكيل ففي قدر ما يضمنه قولان ذكرهما الشافعي في كتاب الرهن الصغير أحدهما أنه يضمن جميع القيمة لتعديه بالتسليم والقول الثاني: أنه يضمن ما غبن فيه من قدر المحاباة لأنه به فسد العقد ولزم الضمان. وقد مضى في التفريع على القولين وكتاب الرهن ما يقنع.

فصل: والدليل على الشرط الثالث وأن بيعه بالثمن المؤجل لا يجوز هو أن الأجل في البيع يدخل تارة في المثمن فيصير سلماً وتارة في الثمن فيصير ديناً. فلما لم يجز للوكيل أن يدخل الأجل في المثمن فيجعله سلماً. لم يجز أن يدخل الأجل في الثمن فيجعله ديناً.

وتحريره أنه تأجيل أحد الموضعين فوجب أن لا يصح من الوكيل مع إطلاق الإذن قياساً على تأجيل المثمن.

ولأن الأجل لما لم يلزم المالك في عقده إلا بشرط صريح لم يلزم الموكل إلا بإذن صريح. لأن إطلاق كل واحد من العقدين معتبر بالآخر وسواء طال الأجل أو قصر.

فأما الجواب عن استدلالهم بأن إطلاق الإذن يقتضي العموم فهو أنه خطأ في القول وارتباك في الدعوى بل الإطلاق في الإذن يقتضي العرف بدليل أن إطلاق الإذن بالشراء لا يقتضي عموم الأشرية وكذلك إطلاق الإذن بالبيع لا يقتضي عموم البيوع.

وأما قياسه على نقد البلد فالمعنى فيه أن العرف المعهود يقتضيه. وأما قياسه في الغبن على ثمن المثل فالمعنى فيه جوازه في الشراء والغبن غير جائز في الشراء فكذا في البيع.

وأما قياسه في الأجل على خيار الثلاث فلأصحابنا في جوازه للوكيل وجهان:

أحدهما: لا يصح من الوكيل فعلى هذا سقط الدليل.

والثاني: يصح منه والقياس عليه منتقض بالأجل في الثمن ثم في المعنى في خيار الثلاث أنه لما ملك الوكيل في الشراء ملكه الوكيل في البيع.

فهذا حكم العقد مع إطلاق إذن الموكل وما يلزم من الشروط في عقد الوكيل.

فصل: وأما حالة التقييد وهو أن يكون إذن الموكل في البيع مقيداً بشرط فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون الشرط الذي شرطه الموكل في بيع وكيله مبطلاً للعقد كالأجل المجهول وكالخيار أكثر من ثلاث وكالثمن المحرم إلى ما جرى هذا المجرى من الشروط التي يبطل العقد معها. فقد صار الموكل بها آذناً لوكيل بالبيع الفاسد. فإن باع الوكيل ذلك على الشرط الذي أذن فيه الموكل كان البيع باطلاً لأن العقد الفاسد لا يصح وإن رضي المالك بفساده.

فإن أقبض الوكيل ذلك بالعقد الفاسد لم يضمن لأنه إقباض مأذون فيه فسقط الضمان عنه للإذن به.

وإن باع الوكيل ذلك بيعاً جائزاً لإسقاط الشرط المفسد له كان بيعه باطلاً.

وقال أبو حنيفة: بيعه جائز استدلالاً بأن البيع مأذون فيه فلما لم يصح عقده بالشروط الفاسدة سقطت من إذنه وصار الإذن مجرداً عن الشرط الفاسد.

والدلالة عن بطلان بيعه أن الإذن بالبيع الفاسد لا يقتضي زوال الملك فإذا باعه بيعاً صحيحاً صار مزيلاً لملكه عما لم يأذن بإزالة ملكه عنه. فوجب أن يكون باطلاً كما لو أودعه وديعة فوهبها أو أعاره عارية فباعها.

فصل: والضرب الثاني: أن يكون الشرط الذي شرطه الموكل في بيع وكيله يصح معه العقد ولا يبطل به البيع. فعلى الوكيل أن يعقد البيع على الشرط المأذون فيه ولا يتجاوزه، إلا أن يكون الشرط بالمجاوزة موجوداً مع زيادة فيصح البيع حينئذ على ما سنشرحه. ولا تكون الزيادة مانعة من صحته.

وإذا كان كذلك فالشرط على ضربين:

أحدهما: أن يختص بأحوال العقد والثاني أن يختص بصفات العقد.

فأما المختص بأحوال العقد فثلاثة أشياء:

أحدهما: أن يأذن له في بيعه على رجل بعينه.

والثاني: أن يأذن له في بيعه في زمان بعينه.

والثالث: أن يأذن له في بيعه في مكان بعينه.

فأما إذنه ببيعه على رجل بعينه فلازم ولا يجوز للوكيل أن يعدل إلى بيعه على غيره لأنه المقصود بالتمليك، فلم يصح عدول الوكيل عنه كالهبة، فعلى هذا لو مات ذلك الرجل بطلت الوكالة بالبيع ولم يجز للوكيل أن يبيعه على وارثه ولا على غير وارثه ولو كان حيّاً وامتنع من ابتياعه لم تبطل الوكالة لجواز أن يرغب فيه من بعد.

وأما إذنه ببيعه في زمان بعينه، فلازم ولا يجوز للوكيل أن يبيعه قبل ذلك الزمان ولا بعده. أما قبله فلأن وقت الإذن لم يأت. وأما بعده فلبطلان الوكالة بالفوات. وقد يكون للإنسان غرض صحيح في استيفاء ملكه إلى زمان بعينه.

فأما إذنه ببيعه في مكان بعينه، فإن كان فيه غرض صحيح لاختلاف الأسعار باختلاف الأماكن أو جودة النقود. فهو شرط لازم لا يجوز للوكيل أن يبيعه في غير ذلك المكان. فإن فعل وسلمه فالبيع باطل فهو بالتسليم ضامن فإن لم يكن في ذلك المكان غرض صحيح. ولا معنى مستفاد نظر في صفة إذنه فإن كان قال: لا تبيعوا إلا في مكان كذا أو في سوق كذا لزم وكان البيع في غير ذلك المكان باطلاً لصريح النهي عنه.

وإن قال بعه في سوق كذا أو في مكان كذا ولم يصرح بالنهي عما سواه. ففي لزوم اشتراطه وجهان: ـ

أحدهما: أنه شرط لازم لا يجوز للوكيل أن يبيعه في غيره لأنَّه أملك بأحوال إذنه.

والوجه الثاني: أنه شرط غير لازم لفساد الغرض المقصود به. والأول أشبه.

فصل: وأما المختص بصفات العقد فثلاثة أشياء:

أحدها: ما اختص بجنس الثمن.

والثاني: ما اختص بقدره.

والثالث: ما اختص بزمانه في حلوله وأجله.

فأما المختص بجنس الثمن فصورته أن يقول: بع عبدي بدراهم فلا يجوز للوكيل أن

يبيعه بغير الدراهم من دنانير أو عروض سواء كانت الدراهم من غالب النقود أم لا فلو قال: بع عبدي هذا بحنطة فباعه بدراهم واشترى بالدراهم حنطة. لم يجز لأن البيع بالدراهم غير مأذون فيه. وشراء الحنطة بالدراهم غير مأذون فيه.

فلو قال: بع عبدي هذا بدراهم واشتر بالدراهم حنطة فباع العبد بالحنطة. لم يجز لأنه جنس لم يأذن ببيع العبد فيه وهكذا لو قال بع عبدي بماية درهم فباعه بماية دينار لم يجز.

فصل: وأما المختص بقدر الثمن فصورته أن يقول: بع عبدي بمائة درهم فلا يجوز أن يبيعه بأقل منها ولو بقيراط فإن فعل كان البيع باطلاً. ولو باعه بأكثر من مائة درهم كان البيع جائزاً لحصول المائة التي أرادها، والزيادة عليها زيادة حظ له، إلا أن يكون قد أمره أن يبيعه بالمائة على رجل بعينه. فلا يجوز أن يبيعه عليه بأكثر من مائة، كما لا يجوز أن يبيعه على غيره. لأنه لما نص على القدر صار مسامحاً له بالزيادة عليه. فلو باع نصف العبد بماية درهم صح البيع. لأن بقاء نصف العبد مع حصول المائة التي أرادها أحظ.

فلو باع نصف العبد بأقل من مائة درهم ولو بقيراط لم يجز لتفويت ما أراده من كمال الثمن وتفريق الصفقة.

فلو وكله في بيع عبيد فباع كل عبد في عقد. فإن لم يذكر له قدر الثمن جاز لأن العادة في بيع العبيد جارية بإفرادهم في العقود. ولو ذكر قدر الثمن فقال: بع هؤلاء العبيد الثلاثة بألف درهم فإن باع أول صفقة من العبيد بأقل من ألف درهم لم يجز لأنه قد لا يشتري العبدين الآخرين بما بقي من تكملة الألف. وإن باع أول صفقة من العبيد بأكثر من ألف درهم جاز. وهل يجوز بيع العبدين الآخرين بعد حصول الألف؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز لأنه مقصوده بالبيع حصول الألف من ثمنه فصارت الوكالة مقصورة عليها وباطلة فيما سواها.

والوجه الثاني: أنه يجوز له بيع ما بقي من العبيد لانعقاد الوكالة ببيعهم. ولا يكون حصول الثمن بكماله من بعضهم بمانع من بيع باقيهم كما لو باع أحدهم بأكثر من ألف ولم يلزمه أن يبيع منه بقدر الألف ويكف عن بيع باقيه بالزيادة على الألف.

فأما العدد من الثياب إذا وكله في بيعها، وأمكن أن تباع صفقة وتفاريق فعلى الوكيل أن يعمل على أحظ الأمرين لموكله من بيع جميعها صفقة أو إفراد كل واحد منهما بعقد فإن عدل عن أحظهما لم يجز ما لم يكن من الموكل تصريح به.

فصل: فأما المختص بزمان الثمن من حلول وتأجيل فللموكل فيه ثلاثة أحوال: ـ

أحدها: أن يأذن له ببيعه نقداً فلا يجوز أن يبيعه مؤجلاً قل الأجل أو كثر وسواء كان البيع النسبة أضر أو أنفع فلو باعه بأجل ثم احتبس المبيع حتى حل الأجل وقبض الثمن لم يجز لوقوع العقد فاسداً.

والحالة الثانية: أن يأذن له في بيعه بالنسيئة فإن قدر له أجلاً لم يزد عليه. وإن لم يقدر له أجلاً فمن أصحابنا من قدر أكثره بحول الدين والذي عليه جمهورهم أنه غير محدود الأكثر بالحول. وإنما هو معتبر بالعرف أن لا يصير الأجل خارجاً عن غالب العادة في ذلك الجنس. فإن عرف الناس في حال الأثمان مختلف بحسب اختلاف الأجناس لو عدل عن بيعه بالنسيئة وباعه نقداً. فإن كان حين أمره بالنسبة نهاه عن النقد لم يجز بيعه. وإن لم ينهه نظر فإن باعه نقداً بما يساوي نسبة جاز لأنه قد حصلت له الزيادة مع التعجيل وإن باعه بما يساوي نقداً أو أقل من ثمن النسيئة لم يجز لأنه قد فوت عليه فضل النسيئة.

والحالة الثالثة: إطلاق الإذن وهي المختلف فيها فيلزمه عند الشافعي نقداً ويجوز له عند أبي حنيفة أن يبيعه نسيئة.

فصل: وإذا باع الوكيل عبد موكله ثم أقر الوكيل أنه باعه بغير أمر موكله ففي البيع قولان حكاهما ابن سريج:

أحدهما: أنه لازم لا ينتقض حتى يعرف أنه لم يأمره بذلك.

والقول الثاني: إنه غير لازم إلا أن يقدم بينة أن الموكل أمر بذلك. فيتفرع على هذين القولين: إذا تصادق الموكل والوكيل على البيع بإذن وأنكر المشتري أن يكون قد أمر بذلك. فعلى القول الأول، القول قول الوكيل والموكل والبيع لازم للمشتري.

وعلى القول الثاني: إن القول قول المشتري والبيع غير لازم له إلا أن يقيم الموكل والوكيل بينة بتقدم الإذن.

مسألة: **قَالَ المُزَنِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ أَمَرْتُكَ أَنْ تَشْتَرِي لِي هَذِهِ الجَارِيَةِ بِعَشْرَةِ فَاشْتَرَيْتَهَا بِعِشْرِين فَقَالَ الوَكِيلُ بَلْ أَمَرْتَنِي بِعِشْرِينَ فَالقَوْلُ قَوْلُ الآمِرِ مَعَ يَمِينِهِ وَتَكُونُ الجَارِيَةُ فِي الْحُكْمِ لِلْوَكِيلِ (قَالَ المُزَنِيُّ) وَالشَّافِعِيُّ يُحِبُّ فِي مِثْلِ هَذَا أَنْ يُرْفِقَ الحَاكِمَ بِالآمِرِ لِلْمَأْمُورِ فَيَقُولُ إِنْ كُنْتَ أَمَرْتَهُ أَنْ يَشْتَرِيهَا بِعِشْرِينَ فَقُلْ بِعْتُهُ إِيَّاهَا بِعِشْرِينَ وَيَقُولُ الآخَرُ قَدْ قَبِلْتُ لِيَحِلَّ لَهُ الفَرْجُ وَلِمَنْ يَبْتَاعُهُ مِنْهُ».

قال الماوردي: وصورة هذه المسألة في رجل أمر وكيله بشراء جارية بعينها بثمن مقدر، فاشتراها بعشرين دينارٍ ثم اختلفا فقال الموكل: أمرتك أن تشتريها بعشرة فاشتريتها

بعشرين فالشرى لا يلزمني والثمن واجب عليك دوني. وقال الوكيل: بل أمرتني أن اشتريها بعشرين، فالشراء لازم لك والثمن واجب عليك.

فإن أقام الوكيل بينة بما ادعاه حكم له بها. والبينة شاهدان عدلان لأنها في صفة الإذن الذي لا يثبت أصله إلا بشاهدين.

فإن لم يقم الوكيل بينة فالقول قول الموكل مع يمينه لأن قوله لما كان مقبولاً في أصل الإذن كان مقبولاً في صفته كالطلاق لما كان قول الزوج مقبولاً في أصله كان قوله مقبولاً في عدده. فإذا حلف الموكل صار الوكيل بمثابة المشتري لموكله بغير أمره. وإذا كان كذلك لم يخل حال شرائه من أحد أمرين: إما أن يكون بعين المال أو في الذمة.

فإن كان بعين المال كان الشراء باطلاً لأنه عين مال لم يأذن مالكه بالعقد عليه.

وإن كان الشراء في ذمة الوكيل فالشراء لازم للوكيل إن لم يذكر اسم موكله في العقد وإن ذكره فعلى وجهين: وقد ذكرنا ذلك مشروحاً من قبل.

فصل: فإذا صار شراء الجارية لازماً للوكيل على ما وصفنا. نظر فإن كان الوكيل قد دفع من مال موكله، كان ضامناً له ورد مثله. وإن كان باقياً منع الوكيل من دفع المال الموكل فيه وألزم دفعه من خالص ماله. لحصول الشراء له.

قال المزني: والشافعي يستحب في مثل هذا أن يرفق الحاكم بالوكيل حتى يقول للوكيل إن كنت أمرتك أن تشتريها بعشرين فقد بعتها عليك بعشرين. ويقول للوكيل: اقبل منه الشراء بعشرين ليحل لك الفرق بيقين ولمن يبتاعها منك.

وهذا صحيح لأن الوكيل إن كان صادقاً صار بهذا الابتياع مالكاً. وإن كان كاذباً لم يستضر بهذا القول فإن قيل: فهذا من الموكل بيع ما هو شاك في تملكه فكان باطلاً، ولم يصر بهذا القول محتاطاً كمن شك في إرث مال فباعه وبان أنه كان قد ورثه كان بيعه باطلاً للشك. قيل الفرق بينهما أن الشك في مسألتنا واقع في ملك المتعاقدين وفي الميراث من العاقد وغيره.

فإن قيل فبيع الموكل معقود بشرط وهو قوله: إن كنت قد أمرتك أن تشتريها بعشرين فقد بعتها عليك بعشرين وهذا شرط يفسد معه البيع. فاختلف أصحابنا فيما ذكره المزني من ذلك على وجهين:

أحدهما: أن المزني إنما اختار للحاكم أن يقول ذلك لهما تنبيهاً على معنى هذا العقد

والسبب المعقود به من غير أن يذكراه في نفس العقد فإذا ذكراه فيه لم يصح بل يعقداه مطلقاً من هذا الشرط. وهذا قول أكثر البصريين.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وجمهور البغداديين: أنه يجوز لهما أن يعقداه كذلك لأنه هكذا يكون في الحكم فجاز أن يكون ملفوظاً به في العقد.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا فللموكل حالتان:

أحدهما: أن يجيب إلى بيعها على الوكيل إن كان صادقاً فيصير الوكيل مالكاً لها ظاهراً وباطناً ويجوز له إمساكها والاستمتاع بها وبيعها وأخذ الفضل عن ثمنها.

والحالة الثانية: أن لا يجيب إلى بيعها فلا يجبر عليه لأنه ليس بمالك ولو كان مالكاً لم يجبر على بيع ملكه. وهل يكون الوكيل مالكاً لها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي سعيد الاصطخري: أنه قد ملكها ملكاً تاماً ظاهراً وباطناً. لأن الملك قد انتقل عن الموكل بيمينه فاقتضى أن ينتقل إلى الوكيل بعقده. فعلى هذا يجوز للوكيل أن يمسكها ويستمتع بها. وإن باعها ملك الفضل من ثمنها.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة: أنه لا يصير مالكاً لها وإنما له أن يأخذ من ثمنها ما غرم فيه لأنه مقر بأنها ملك لموكله. فعلى هذا لا يجوز أن يستمتع بها وإذا كان في ثمنها فضل لم يملكه.

وهل يجوز أن ينفرد ببيعها أم لا؟ على وجهين مبنيين على اختلاف وجهي أصحابنا في من له دين لا يقدر على أخذه وقد ظفر بمال لغريمه. هل يجوز أن يبيعه بنفسه أو الحاكم؟ على وجهين: **أحدهما** يبيعه بنفسه.

والثاني: يتولاه الحاكم. وإن كان الثمن بقدر ما دفع نقداً استوفاه. وإن كان أقل فلا رجوع له بباقيه. وإن كان أكثر فلا حق له في الزيادة.

وهل يجوز إقرارها في يده لأنه لا خصم له فيها أو ينزعها الحاكم منه على وجهين:

أحدهما: يقرها في يده لأنه لا خصم له فيها.

والوجه الثاني: ينزعها منه لأنه مال قد جهل مستحقه فصار كأموال الغيب ثم يكون مشتري الجارية مالكها على الوجهين جميعاً. ولا يكون عدم ملك البائع لها بمانع من استقرار ملك المشتري عليها كالمشتري من وكيل في بيعها.

مسألة: **قَالَ المُزَنِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِي لَهُ جَارِيَةً فَاشْتَرَى غَيْرَهَا أَوْ أَمَرَهُ أَنْ يُزَوِّجَهُ جَارِيَةً فَزَوَّجَهُ غَيْرَهَا بَطَلَ النِّكَاحُ وَكَانَ الشِّرَاءُ لِلْمُشْتَرِي لاَ لِلآمِرِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا أمر الرجل وكيله أن يشتري له جارية فاشترى غيرها أو على صفة فاشتراها بخلافها فالشراء باطل إن كان بعين المال. وإن كان في الذمة فهو غير لازم للموكل ثم ينظر فإن لم يذكر اسم الموكل في العقد فالشرى لازم للوكيل وإن ذكره فعلى ما مضى من الوجهين ولو أمره أن يزوجه امرأة فزوجه غيرها كان النكاح باطلاً. ولم يصر النكاح للوكيل بخلاف الشراء. لأن المقصود في النكاح أعيان المتناكحين ولذلك لم يصح العقد إلا بتسمية الزوج. ولم يبطل النكاح بالجهل بقدر الصداق. وليس المقصود في البيع أعيان المتبايعين. وإنما المقصود ملك المبيع ولذلك صح العقد وإن لم يسم المشتري له وصار ملكاً له إذا نواه الوكيل. وبطل البيع بالجهل بالثمن.

وصفة خطبة الوكيل في النكاح أن يقول: إن فلاناً وكلني في تزويجه بفلانة. فيقول الولي: قد زوجت فلاناً موكلك بفلانة. فيقول الوكيل: قد قبلت نكاحها لفلان. ولا يصح العقد الوكيل النكاح إلا هكذا. فصح في البيع أن ينوه وإن لم يسمه لأن ملك البيع قد يجوز أن ينتقل عن شخص إلى غيره. وعقد النكاح لا يجوز أن ينتقل عن شخص إلى غيره.

فصل: فإذا بطل عقد النكاح بمخالفته فلا يخلو حال الوكيل من أن يكون قد ضمن الصداق عن موكله أم لا، فإن لم يكن قد ضمنه فمذهب الشافعي أن النكاح يكون باطلاً. وليس على الوكيل ضمان المسمى من الصداق.

وقال أبو العباس بن سريج: يكون الوكيل ضامناً لنصف الصداق لقبوله العقد كما يضمن الثمن.

وهذا خطأ لأن الشراء قد يحصل له فجاز أن يلزمه الثمن والنكاح لا يحصل له فلم يلزمه الصداق.

وإن كان الوكيل قد ضمن الصداق وهو مقر أن الموكل قد أمره بإنكاح هذه التي قد أنكرها كان الوكيل غارماً لما تقدم من ضمان صداقها. وفي قدر ما يضمنه وجهان:

أحدهما: يضمن جميعه لاستحقاقه بالعقد.

والثاني: يضمن نصفه لعدم الدخول فيه.

فصل: وإذا أمر الرجل وكيله بشراء عبد فلا يخلو حاله من أربعة أقسام:

أحدها: أن يعين العبد ويعين ثمنه.

والثاني: أن لا يعين العبد ولا يعين ثمنه.

والثالث: أن يعين العبد ولا يعين ثمنه.

والرابع: أن لا يعين العبد ويعين ثمنه.

فأما القسم الأول: وهو أن يعين العبد ويعين ثمنه.

كقوله اشتر لي سالماً بمائة دينار. فلا يخلو من ثلاثة أحوال: -

أحدها: أن يشتريه بالمائة.

والثاني: أن يشتريه بأقل منها.

والثالث: أن يشتريه بأكثر منها.

فإن اشتراه بالدنانير لكن بأقل من مائة دينار كأن اشتراه بخمسين ديناراً، صح ولزم الموكل. لأن حصول العبد له ببعض الثمن أحظ له. فإن قيل أفليس لو وكله في بيع عبده على زيد بمائة دينار فباعه عليه بأكثر من مائة دينار لم يجز لأنه وكله في محاباته. فمثلاً إذا وكله في شراء عبد بمائة دينار أن لا يجوز الشراء بأقل منها لأنه قد وكله في محاباته.

قيل الفرق بينهما أنه إذا وكله في البيع بالمائة لم يجز بيعه بأكثر منها لأنه ممنوع من قبض الزيادة. وليس للوكيل قبض ما منع من قبضه. وإذا وكل في الشراء بالمائة جاز الشراء بأقل منها لأنه مأمور بدفع الزيادة ودفع الوكيل البعض جائز وإن منع الزيادة.

ولو أمره أن يشتريه بمائة دينار، ولا يشتريه بأقل منها فاشتراه بأقل من المائة لم يجز لأنه أعلم بصلاح نفسه.

ولو قال اشتره بمائة دينار ولا تشتريه بخمسين ديناراً جاز أن يشتريه بالمائة ربما بين الخمسين والمائة. ولا يجوز أن يشتريه بخمسين للنهي عنها. وهل يجوز أن يشتريه بأقل من خمسين على وجهين حكاهما ابن سريج:

أحدهما: يجوز لأن الوكيل مندوب إلى الاسترخاص إلا ما نهاه عنه من القدر لمعنى هو أعلم به من يمين حلف عليها أو غير ذلك من أمور.

والوجه الثاني: لا يجوز لأن الإذن بالمائة لما دخل فيه ما هو أقل منها كان النهي عن الخمسين داخلاً فيه ما هو أقل منها.

فهذا حكم العبد إذا اشتراه بأقل من المائة، فأما إذا اشتراه بأكثر من المائة كأن اشتراه بماية وخمسين ديناراً أو مائة دينار وقيراط، فالشراء غير لازم للموكل وهو لازم للوكيل إن لم يشتره بعين المال. هذا مذهب الشافعي رضي الله عنه.

وقال أبو العباس بن سريج: الشراء لازم للموكل بالمائة دينار التي عين عليها والوكيل

ضامن للزيادة في ماله. وعليه غرمها للبائع لأنه يصير لمجاوزته القدر المعين متطوعاً بها وهذا خطأ لأن الزيادة في جملة الثمن الذي لزم بالعقد فلم يجز أن يتبعض حكمه. ولو جاز أن تكون الزيادة بقدر المغابنة في الشراء مضمونة على الوكيل مع صحة الشراء للموكل لكان النقصان بقدر المغابنة في البيع مضموناً على الوكيل مع لزوم البيع للموكل. وهذا مما لم يرِ به أبو العباس في البيع. فبطل المذهب إليه في الشراء.

فإن اشتراه بالمائة دينار صح ولزم الموكل. وإن اشتراه بمائة درهم لم يلزم الموكل وإن كانت الدراهم أقل من قيمته لأن عدوله عن جنس الثمن كعدوله عن عين العبد.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن لا يعين العبد ولا يعين ثمنه كقوله اشتر لي عبداً فإن وصفه صفة يتميز بها مراده من العبيد صح. وإن لم يصفه فالظاهر من مذهب الشافعي بطلان الوكالة في شرائه. ومن أصحابنا من أجاز الوكالة في شراء أي عبد كان. وقد ذكرنا في أول الكتاب فإذا اشترى عبداً على الصفة التي ذكرنا بثمن مثله فما دون صح ولزم الموكل. وإن اشتراه بأكثر من ثمن مثله بقدر لا يتغابن الناس بمثله فالشراء غير لازم للموكل ويكون للوكيل إن لم يكن بعين المال بوفاق أبي العباس هاهنا. وهو حجة عليه فيما ارتكبه هناك.

فلو وكله في شراء عشرة أعبد جاز أن يشتريهم صفقة وتفاريق على حسب ما يتيسر له فإن قال اشترهم صفقة واحدة لم يجز أن يشتريهم تفاريق. فلو كانوا بين شريكين فاشتراهم الوكيل منهما صفقة واحدة. فإن كان ملك كل واحد منهما متميزاً عن صاحبه، مثل أن يكون لأحدهما خمسة من العبيد بكمالهم وللآخر خمسة، لم يلزم الموكل هذا العقد لأنهما صفقتان وهو إنما أمر بصفقة واحدة.

ثم ينظر فإن كان سمى في العقد لكل خمسة ثمناً لزم الوكيل لصحة العقد إن لم يكن بعين المال. وإن لم يسم لكل خمسة منهم ثمناً واحداً فالبيع باطل. وخرج ابن سريج فيه قولاً: إنه يصح ويلزم الوكيل من اختلاف قوليه في من تزوج أربعاً على صداق بألف مبهمة بينهن. ولا يصح هذا التخريج لما ذكرناه في البيوع.

وإن كان العشرة كلهم شركة بين الشريكين ففي لزوم هذا الشراء للموكل وجهان حكاهما ابن سريج:

أحدهما: أنه لازم لحصول جميعهم بالعقد الواحد.

والثاني: غير لازم له، والعقد صحيح إن لم يكن بعين المال وهو لازم للوكيل لأن العقد إذا كان في أحد طرفيه عاقدان جرى عليه حكم العقدين.

فأما إن اشترى الوكيل في شراء العبد الواحد نصفه لم يلزم الموكل عقده لما دخل عليه من المشاركة التي يستضر بها. والله أعلم.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يعين العبد ولا يعين ثمنه. كقوله: اشتر لي سالماً. فعلى الوكيل أن يشتريه بثمن المثل فما دون. فإن اشتراه بأكثر من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس بمثله، فالشراء غير لازم للموكل بوفاق أبي العباس وبخلاف ما قاله في العبد المعين بالثمن المقدر.

وهو أيضاً حجة عليه. فإن فرق أبو العباس بأن المعين على ثمنه ليس للوكيل اجتهاد في الزيادة عليه فصار متطوعاً بها. وله في غير المعين على ثمنه اجتهاد فيه فلم يكن متطوعاً بها. كان فرقه منتقضاً بالبيع حيث بطل بنقصان الثمن في المقدر وغير المقدر.

فلو قال الموكل لوكيله وقد اشترى العبد بأكثر من ثمنه قد أجزته وقبلت الشراء بأكثر من ثمنه، لم يكن له ذلك لأن الشراء بالمخالفة قد صار للوكيل فلم ينتقل إلى الموكل بالإجازة والقبول.

وقال ابن سريج: للموكل قبول الشراء بالثمن الزائد ويصير الملك له بالقبول وليس للوكيل منعه منه لأنه إنما صرف عقد الشراء عنه بالثمن الزائد نظراً له فلما سامح في النظر بالزيادة كان أحق به، قيل: أليس لو كانت الوكالة في البيع فباع بأقل من الثمن كان العقد باطلاً ولم يصح بإجازة الموكل؟ قال: نعم والفرق بين البيع والشراء أن بيع الوكيل بمخالفته يكون فاسداً فلم يصح بالإجازة. وشراء الوكيل مع مخالفته يكون صحيحاً لنفسه فصحت فيه الإجازة.

فصل: وأما القسم الرابع وهو أن لا يعين العبد ويعين ثمنه.

فكقوله: اشتر لي عبداً بماية درهم. فإن وصف العبد بما يتميز به مراده من العبيد صح وإن لم يصفه فقد اختلف أصحابنا هل يقوم ذكر الثمن مقام الصفة أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يقوم مقام الصفة لتمييز العبد به عن غيره، فعلى هذا تصح الوكالة في ابتياعه.

والوجه الثاني: لا يقوم مقام الصفة لأن ذكر الثمن لا يدل على جنس من العبيد دون غيره في الأجناس. فعلى هذا تكون الوكالة على مذهب الشافعي باطلة. وعلى مذهب من أجاز إطلاقها من أصحابنا جائزة. فإذا اشترى العبد بالمائة التي عينها ونص عليها وهو يساوي مائة صح. وإن كان لا يساوي مائة لم يلزم الموكل. ولو اشتراه له بأكثر من مائة ولو بقيراط، وهو يساوي ما اشتراه به لم يلزم الموكل للمخالفة فيه.

ولو اشتراه بأقل من مائة، فإن كان يساوي ما اشتراه به ولا يساوي المائة لم يلزم الموكل لأنه إنما أمر بشراء عبد يساوي مائة. فإن كان يساوي المائة فهو لازم للموكل لأنه لما التزمه بالمائة كان بما دونها ألزم له.

فلو قال له: اشتر لي عبداً بمائة فاشترى له عبدين بمائة. فإن كان كل واحد من العبدين لا يساوي مائة فهو غير لازم للموكل. وإن كل واحد منهما يساوي مائة ففيه قولان نص عليهما في كتاب الإجارات:

أحدهما: أن شراء العبدين بالمائة لازم للموكل لأنه لما رضي أحدهما بالمائة كان بهما أرضى. ولحديث عروة البارقي حيث وكله النبي ﷺ في شراء شاة بدينار فاشترى به شاتين.

والقول الثاني: أن الموكل بالخيار بين أن يأخذهما بالمائة وبين أن يأخذ أحدهما بقسط ثمنه من المائة لأن لا يلتزم بملك ما لم يأذن فيه.

فلو كان أحد العبدين يساوي مائة والآخر يساوي أقل. فأحد القولين يأخذهما جميعاً بالمائة.

والقول الثاني: هو بالخيار بين أن يأخذهما بالمائة وبين أن يأخذ العبد الذي يساوي المائة بحصته من الثمن.

فلو كان كل واحد منهما لا يساوي مائة فالشراء غير لازم للموكل.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ حَقٌّ فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ وَكَّلَنِي فُلَانٌ بِقَبْضِهِ مِنْكَ فَصَدَّقَهُ وَدَفَعَهُ وَتَلَفَ وَأَنْكَرَ رَبُّ الحَقِّ أَنْ يَكُونَ وَكَّلَهُ فَلَهُ الخِيَارُ فَإِذَا أَغْرَمَ الدَّافِعُ لَمْ يَرْجِعِ الدَّافِعِ عَلَى الْقَابِضِ لأَنَّهُ يَعْلَمُ أَنَّهُ وَكِيلٌ بَرِيءٌ وَإِنْ أَغْرَمَ القَابِضُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الدَّافِعِ لأَنَّهُ يَعْلَمُ أَنَّهُ مَظْلُومٌ بَرِيءٌ».

قال الماوردي: وصورتها في من غاب وله مال على رجل أو في يده فحضر رجل ادعى وكالة الغائب في قبض ماله. فإن أقام على ما ادعاه في الوكالة بينة عادلة حكم بها. والبينة شاهدان عدلان فإن كان فيهما ابن مدعي الوكالة لم تقبل شهادته لأنه يشهد لأبيه. وكذا لو كان فيهما ابن من عليه الحق لم تقبل لأنه يشهد لأبيه بالبراءة من حق صاحب الحق بهذا الدفع. ولكن لو كان فيهما ابن صاحب الحق قبلت شهاته لأنه يشهد على أبيه لا له.

فإذا قامت البينة بالوكالة أجبر الحاكم من عليه المال على دفعه إلى الوكيل. لأن لصاحب الحق أن يستوفيه بنفسه إن شاءا أو بوكيله إن شاءه وليس لمن هو عليه أن يمتنع في تسليمه إلى وكيل مالكه.

وإن لم يكن لمدعي الوكالة بينة يثبت بها الوكالة لم يلزم من عليه الحق أن يدفعه إلى مدعي الوكالة. سواء صدقة على الوكالة أو كذبه.

وقال أبو حنيفة والمزني إن صدقه على الوكالة لزمه دفع المال إليه كالمصدق لمدعي ميراث رب المال يلزمه دفع المال إليه. وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: وهو تعليل أبي إسحاق أنه دفع لا يبرئه من حق الوكيل عند إنكار الوكالة ومن لم يبرأ بالدفع عند إنكار لم يجر عليه. ألا ترى أن من عليه حق بوثيقة فله الامتناع عن الدفع إلا بإشهاد صاحب الحق على نفسه. ولو لم تكن عليه وثيقة ففي جواز امتناعه من الدفع لأجل الشهادة وجهان: ـ

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق له أن يمتنع لأن لا يتوجه عليه يمين عند ادعائه بعد دفعه.

والثاني: ليس له أن يمتنع ولا يلزم صاحب الحق الإشهاد لأنه إذا أنكر الحق بعد أدائه حلف باراً.

والتعليل الثاني هو تعليل أبي علي بن أبي هريرة. أنه مقر في ملك غيره ومدع عقد وكالة لغيره فلم تقبل دعواه ولم يلزم إقراره. ألا ترى أن من عليه الحق لو أقر بموت صاحب الحق وأن هذا الحاضر وصيه في قبض دينه لم يلزم دفع المال إليه، وإن أقر باستحقاق قبضه فكذا الوكيل فأما اعترافه للوارث بموت صاحب الحق فيلزمه دفع المال إليه. والفرق بينه وبين الوكيل أنه مقر للوارث بالملك فيلزمه الدفع لأنه ليس يبرأ به من الحق ولا يصير الوكيل مالكاً ولا يبرأ بقبضه من الحق.

فأما إن أقر من عليه المال بأن صاحبه قد أحال هذا الحاضر به. فهل يلزمه دفع المال إليه بإقراره أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يلزمه لأنه مقر بالملك فصار كإقراره للوارث.

والثاني: لا يلزمه لأنه لا يبرأ بالدفع عند الجحود فصار كإقراره بالتوكيل.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا لم يخل حال من عليه الحق من أن يصدق الوكيل أو يكذبه. فإن كذبه على الوكالة وأنكره فلا يمين عليه. وعليه عند أبي حنيفة والمزني اليمين لوجوب الدفع عندهما مع التصديق.

ولا يجوز مع تكذيبه للوكيل أن يدفع إليه المال. وإن صدقه على الوكالة لم يلزمه دفع المال إليه لما ذكرنا، لكن يجوز له في الحكم أن يدفعه إليه. فإن دفعه إليه وقدم صاحب الحق فلا يخلو حاله من أحد أمرين: إما أن يعترف بالوكالة أو ينكرها، فإن اعترف بها برىء

من عليه الحق بالدفع سواء وصل الموكل إلى حقه من وكيله أو لم يصل إليه بتلفه.

فإن أنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه. فإذا حلف فله المطالبة بحقه ثم لا تخلو حالة حقه من أحد أمرين: إما أن يكون عيناً أو ديناً. فإن كان حقه عيناً قائمة كالغصوب والعواري والودائع فكل واحد من القابض والدافع ضامن لها. أما الدافع فلتعديه بالدفع. وأما القابض فليده عند إنكار توكيله. ويكون ربها بالخيار في المطالبة من شاء بها من الدافع أو القابض سواء كانت باقية أو تالفة، إلا أنها إن كانت باقية فله مطالبة القابض بها ومطالبة الدافع باسترجاعها وإن كانت تالفة كان له مطالبة أيهما شاء بالقيمة. فإن طالب بها الدافع وأغرمه برئا. ولم يرجع الدافع على القابض بغرمها لأنه مقر أن القابض وكيل بريء منها وأنه مظلوم بها وإن طالب القابض فأغرمه برئاولم يرجع القابض على الدافع بغرمها لأنه مقر ببراءته منها وأنه هو المظلوم بها.

فصل: وإن كان الحق ديناً في ذمة الدافع فالدافع ضامن له لبقائه في ذمته. وهل يكون القابض ضامناً له ويجوز لصاحب الحق مطالبته أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي يكون ضامناً له ولصاحبه مطالبة أيهما شاء به لأنه مقر بقبض حقه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي الطبري وأبي حامد الأسفراييني رحمهما الله أن القابض غير ضامن له وليس لصاحب الدين مطالبة القابض به. لأن دينه في ذمة الدافع ولم يتبين حقه في ما صار بيد القابض فلم يجز أن يطالب القابض به.

فعلى هذا إذا رجع صاحب الدين وطالب من هو عليه بدينه واستوفاه منه. نظر فإن كان ما دفعه إلى الوكيل قائماً في يده رجع به. وإن كان تالفاً لم يرجع به عليه بغرمه. لأنه مقر بأنه وكيل بريء منها وأنه هو المظلوم بها والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَالَ الْمُزَنِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ وَكَّلَهُ بِبَيْعِ سِلْعَةٍ فَبَاعَهَا نَسِيئَةً كَانَ لَهُ نَقْضُ الْبَيْعِ بَعْدَ أَنْ يَحْلِفَ مَا وَكَّلَهُ إِلَّا بِالنَّقْدِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال وقد ذكرنا أن الوكيل ليس له أن يبيع بالنسيئة إلا بصريح إذن من موكله وأن إطلاق إذن الموكل يقتضي تعجيل الثمن بخلاف قول أبي حنيفة.

وإذا كان كذلك تعلقت هذه المسألة بأربعة فصول:

فالفصل الأول: أن يأذن له في بيعه بالنقد فيبيعه بالنسيئة.

والفصل الثاني: أن يأذن له في بيعه بالنسيئة فيبيعه بالنقد.

والفصل الثالث: أن يأذن له في الشراء بالنقد فيشتري بالنسيئة.

والفصل الرابع: أن يأذن له في الشراء بالنسيئة فيشتري بالنقد.

فأما الفصل الأول وهو أن يأذن له في البيع بالنقد فيبيع بالنسيئة فللوكيل والمشتري أربعة أحوال:

أحدهما: أن يصدقاه على أن إذنه كان بالنقد فلا يميز على الموكل لتصديقهما له بذلك ويكون البيع على مذهب الشافعي في الجديد: والصحيح من مذهبه القديم باطلاً. أجازه الموكل أو لم يجزه لوقوعه على غير الوجه المأذون فيه. فعلى هذا إن لم يكن من الوكيل التسليم فلا ضمان عليه ولا على المشتري. وإن سلم ذلك إلى المشتري كان كل واحد من الوكيل والمشتري ضامناً. أما الوكيل فلتعديه بالدفع. وأما المشتري فلعلتين:

أحدهما: حصول يده على ما لزم ضمانه.

والثانية: قبضه عن بيع فاسد. فإن كان المبيع باقياً استرجعه الموكل من يد المشتري وله أن يأخذ الوكيل باسترجاعه. وإن كان تالفاً فله أن يرجع بالقيمة دون الثمن على من شاء من الوكيل أو المشتري فإن رجع بها على الوكيل رجع الوكيل بها على المشتري لحصول التلف في يده وإن رجع بها على المشتري لم يرجع المشتري بها على الوكيل إلا أن يكون قد دفع إليه الثمن فيرجع به. وكان ابن أبي هريرة يخرج في صحة البيع وجهاً في القديم. حيث قال الشافعي فيه: إن الغاصب إذا أجر ما غصبه كان المالك بالخيار بين إمضاء الإجارة وأخذ المسمى وبين فسخها والمطالبة بأجرة المثل. فجعل الموكل على هذا الوجه مخيراً بين إمضاء البيع ومطالبة المشتري بالثمن وبين فسخه واسترجاع المبيع إن كان باقياً أو القيمة إن كان تالفاً. فإن أمضيا البيع فله مطالبة المشتري به دون الموكل وإن فسخ فله مطالبة أيهما شاء بالقيمة وأنكر باقي أصحابنا هذا التخريج.

والحالة الثانية: أن يكذبه الوكيل والمشتري ويزعمان أنه أذن في بيع النسيئة فالقول قول الموكل مع يمينه لأن الإذن من جهته فكان الرجوع إليه في صفته. ويحلف لهما يميناً واحدة لأنهما أكذباه في شيء واحد.

فإذا حلف فإن كان المبيع باقياً استرجعه وإن كان تالفاً يرجع القيمة على من شاء من الوكيل والمشتري لكونهما ضامنين بما بيَّنا. فإن رجع بالقمة على المشتري رجع المشتري على الوكيل بالثمن إن كان قد أقبضه إياه. سواء زاد على القيمة أو نقص منها. وإن رجع الموكل بالقيمة على الوكيل. فإن كانت أقل من الثمن رجع بها على المشتري. وإن كانت أكثر من الثمن لم يرجع على المشتري بما زاد في القيمة على قدر الثمن لأنه مقر الموكل ظالم بها. فلم يجز أن يرجع بها على غير من ظلمه.

والحالة الثالثة: أن يصدقه الوكيل ويكذبه المشتري. فإن كان المبيع باقياً فليس له الرجوع به إلا بعد يمينه لأنه في يد المشتري المكذب، وإن كان تالفاً فله القيمة. وإن أراد الرجوع بها على الوكيل لم يحتج إلى يمين لتصديقه له. وإن أراد الرجوع بها على المشتري فلا بد من اليمين لتكذيبه له.ـ

والحالة الرابعة: أن يصدقه المشتري ويكذبه الوكيل. فإن كان المبيع باقياً فلا يمين عليه لأنها في يد المشتري المصدق له. وإن كان تالفاً فله القيمة. فإن أراد الرجوع بها على المشتري لم يحتج إلى يمين لتصديقه له. وإن أراد الرجوع بها على الوكيل فلا بد من يمين لتكذيبه له. هذا حكم الفصل الأول.

فصل: فأما الفصل الثاني: وهو أن يكون أذن له في البيع بالنسيئة فيبيع بالنقد فلا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون قد خرج بالنهي عن بيع النقد أم لا. فإن نهاه صريحاً عن بيع النقد كان بيعه باطلاً. ثم الكلام في التصديق والتكذيب على ما مضى.

وإن لم يصرح بالنهي عن بيع النقد فهو على ضربين:

أحدهما: أن يبيعه نقداً بما يساوي بالنقد. فالبيع باطل لأنه قد فوّت عليه فضل النسية.

والضرب الثاني: أن يبيعه نقداً بما يساوي نسيئة كأن يساوي بالنقد مائة وبالنسيئة مائة وخمسين فيبيعه بمائة وخمسين نقداً.

فمذهب الشافعي أن البيع جائز لحصول الزيادة مع التعجيل ومن أصحابنا من قال: لا يجوز بيعه لأنه قد يكون له غرض في ثبوت الثمن في ذمة ملي وهذا صحيح لأن المقصود ببيع النسية أحد أمرين: إما تخريج البيع للكساد أو عيب. وإما طلب الفضل في الثمن وقد حصل الأمران له بهذا البيع. فأما ما ذكره من ثبوت الثمن في ذمة ملي فلا وجه له لأن من عليه الدين المؤجل إذا عجله لزمه قبوله والله أعلم.

فصل: وأما الفصل الثالث: وهو أن يأذن له في الشراء بالنقد ويشتري بالنسيئة. فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يعين به الثمن الذي يشتري به. فالشراء غير لازم للموكل لأنه إذا اشترى بغير العين كان مخالفاً ولزم الوكيل. وإن اشترى بالعين إلى أجل كان باطلاً ولم يلزم الموكل ولا الوكيل.

والضرب الثاني: أن لا يعين له الثمن الذي يشتري به فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يشتري بما يساوي نسيئاً وبأكثر مما يساوي نقداً. فالشراء غير لازم

للموكل لما فيه من التزام فضل النساء والشراء لازم للوكيل وإن لم يذكر اسم موكله. وإن ذكره فعلى وجهين أحدهما باطل. والثاني لازم للوكيل.

والضرب الثاني: أن يشتريه نسيئةً بما يساوي نقداً أو بأقل من ثمن النساء فمذهب الشافعي رضي الله عنه أن الشراء لازم للموكل لأنه قد حصل له غرضه في الاستصلاح مع تأجيل الثمن. ومن أصحابنا من قال الشراء غير لازم للموكل لمخالفته وبقاء الثمن في ذمته. وهو قول من زعم أن الوكيل في بيع النساء لا يجوز بيعه نقداً.

فصل: وأما الفصل الرابع: وهو أن يأذن له في الشراء بالنسيئة فيشتري بالنقد فالشراء غير لازم للموكل لا يختلف فيه مذهب الشافعي وسائر أصحابه سواء اشتراه بما يساوي نقداً أو نسيئة لما فيه من التزامه تعجيل ثمن لم يأذن به.

وهكذا لو أذن له أن يشتري إلى أجل فاشتراه إلى أجل هو أقرب لم يلزم الموكل. ولو اشتراه إلى أجل هو أبعد كان على مذهب الشافعي رضي الله عنه وعلى مذهب بعض أصحابه غير لازم.

فصل: فأما خيار الشرط في البيع والشراء فعلى ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون أذن لوكيله في اشتراط خيار الثلاث في عقده فلا يشترطه فالبيع باطل والشراء غير لازم عقده لازماً وقد أذن له في عقده غير لازم.

والقسم الثاني: أن يأذن له في تركه وعدم اشتراطه فإن شرطه فالبيع باطل والشراء غير لازم لأنه عقده غير لازم وقد أذن له في عقد لازم.

والقسم الثالث: أن يكون إذنه مطلقاً فإن عقده الوكيل ناجزاً من غير خيار صح البيع ولزم الموكل. وإن عقده بخيار الثلاث ففي صحة العقد ولزومه للموكل وجهان:

أحدهما: يصح العقد ويلزم الموكل لأن اشتراطه الخيار زيادة نظر له

والثاني: لا يصح العقد ولا يلزم الموكل لأن العقد بالخيار يصير غير لازم.

مسألة: **قَالَ المُزَنِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ سِلْعَةٍ فَأَصَابَ بِهَا عَيْباً كَانَ لَهُ الرَّدُّ بِالْعَيْبِ وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَحْلِفَ مَا رَضِيَ بِهِ الآمِرُ وَكَذَلِكَ الْمُقَارِضُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَمَعْنَاهُ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقِ».

قال الماوردي: اعلم أن للموكل إذا أمر وكيله بشراء عبد حالتين:

إحداهما: أن يعينه.

والثانية: أن يصفه ولا يعينه. فإن وصفه ولم يعينه لزمه أن يشتريه سليماً من العيوب

لأن إطلاق الصفة يقتضيه ويجوز للعامل في القراض أن يشتري السليم والمعيب.

والفرق بينهما أن شراء الوكيل للقنية وليس في المعيب صلاح للمقتني وشراء العامل في القراض طلباً للربح. وقد يوجد الربح في المعيب كوجوده في السليم.

فإن اشترى الوكيل عبداً على الصفة وكان معيباً فعلى ضربين:

أحدهما: أن يشتريه عالماً بعيبه. فالشراء غير لازم للموكل لإقدامه على ابتياع ما لم يقتضه الإذن. وهو لازم للوكيل على ما تقدم من اعتبار صفة الإذن في العقد.

والضرب الثاني: أن يشتريه غير عالم بعيبه فللموكل إذا علم بعيبه أن يبادر إلى رده ولا يلزمه استئذان موكله لأن رد المعيب في حقوق عقده. فلو قال البائع: قد أمهلتك في رده فطالع موكلك بعيب لم تلزمه المطالعة وكان له تعجيل الرد لما ذكرنا فإن رده ثم جاء الموكل راضياً بعيبه لم يكن لرضاه بعد الرد تأثير لفسخ البيع بالرد قبل الرضا. ولو رضي بعيبه قبل رد الوكيل، لزم البيع ولم يكن للوكيل الرد. ولو رضي رب المال في القراض بعيب العبد المشترى كان للعامل أن يرد بخلاف الوكيل.

والفرق بينهما أن للعامل في القراض شركاً في الربح. وليس للوكيل فيه شرك، فإن ادعى البائع على الوكيل حين أراد الرد أن موكله راضٍ بالعيب فلا يمين له على الوكيل. فإن ادعى عليه أنه قد علم برضا موكله بالعيب وكان عليه أن يحلف بالله تعالى أنه ما علم موكله موكله بالعيب. وله الرد واسترجاع الثمن ثم للبائع إذا رد الثمن على الوكيل وظفر بالموكل أن يحلف بالله أيضاً ما رضي بعيب العبد الذي ابتاعه موكله قبل رده. فإن نكل عن اليمين حلف البائع وحكم له بلزوم البيع واستحقاق الثمن. فهذا حكم الوكيل إذا رد بالعيب والله أعلم.

فصل: فأما إن رضي الوكيل بالعيب نظر في الموكل فإن رضي بالعيب كان الشراء لازماً له. وإن لم يرضَ بالعيب نظر في عقد البائع فإن كان قد سمَّى موكله فيه فله الرد. لأن مالك الشراء لا يلتزم عيباً لم يرضَ به وإن لم يسم الموكل في عقده نظر في البائع فإن صدق الوكيل أن عقد الشراء لموكله كان له الرد. وإن لم يصدقه حلف له ولا رد للوكيل على البائع لما تقدم من رضاه.

فأما الموكل فلا رد له على الوكيل لأن الرد بالعيب مستحق على البائع المالك للثمن، ولكن له أن يرجع عليه بنقصان العيب لأنه قد صار كالمستهلك له بما تقدم من رضاه.

وفي كيفية رجوع الموكل به وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي يحيى البلخي أنه يرجع عليه بقدر النقص من ثمنه فأما إن كان يسوي معيباً بمثل ما اشتراه فلا شيء له على الوكيل لعدم النقص في الثمن. استشهاداً بأن

من ادعى بيع عبده على رجل بألف وأنكر وأقام المدعي بينة بالبيع فحكم له بالثمن ثم رجع الشهود فإن كان ثمن العبد ألفاً فلا غرم على الشهود. وإن كان ثمنه أقل من ألف غرم الشهود برجوعهم قدر النقص من ثمنه.

والوجه الثاني: وهو قول جمهور أصحابنا: إنه يرجع على الوكيل بأرش العيب سواء كان يسوي قدر ثمنه معيباً أم لا. لأن العيب إذا كان معه الرد مقدراً بالأرش ولم يكن معتبراً بنقص الثمن. وليس كالذي استشهد به من رجوع الشهود لأن غارم الثمن بشهادتهم إنما يستحق الرجوع بما غرم، فإذا وصل إليه من الثمن لم يبق له حق يغرمه. فهذا حكم التوكيل في شراء عبد موصوف.

فصل: فأما إذا كان العبد معيباً فهل للوكيل عند ظهور العيب أن يرده قبل استئذان موكله أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول جمهور أصحابنا: لا رد له إلا بعد استئذان موكله فيه لأنه بالتعيين فيه قد قطع اجتهاده فيه ولعله قد أمره بشرائه مع علمه بعيبه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي حامد الإسفراييني. له الرد من غير استئذان لأن الرد من حقوق عقده ولأن لا يكون مأخوذاً به إن لم يرضى الموكل بعيبه.

فصل: فأما الوكيل في بيع عبد إذا أراد المشتري أن يرده عليه بعيب فإن كان العيب مما لا يمكن حدوث مثله فرده على الوكيل بيمينه إن لم يعلم بعيبه أو بتصديق الوكيل من غير يمين فللوكيل أن يرده على الموكل لأنه بالعيب الذي كان به من قبل بيعه. وإن كان العيب مما يمكن حدوث مثله. فإن رده المشتري ببينة أقامها على تقدم عيبه كان للوكيل أن يرده على الموكل. وإن رده على المشتري بتصديق الوكيل على تقدم عيبه فليس للوكيل أن يرده على الموكل. لأن تصديق الوكيل غير مقبول على موكله. وإن رده المشتري بيمينه عند نكول الوكيل فهل للوكيل رده على الموكل أم لا؟ على قولين مبنيين على اختلاف قوليه في اليمين بعد النكول هل يقوم مقام البينة أو الإقرار؟.

فصل: وإذا دفع الرجل إلى وكيله دراهم ليدفعها سلماً في طعام، وأسلمها الوكيل في طعام ثم إن المسلم إليه رد من الدراهم ردية وصدقه عليها الوكيل فأكذبه الموكل فهي لازمة للوكيل دون الموكل. وفيها قولان حكاهما ابن سريج.

أحدهما: أنه يرجع ببدلها على الوكيل ويكون الطعام في ذمته للموكل. وهذا على القول الذي يقوله الشافعي في مشتري الدراهم بغير أعيانها إذا أصاب بها بعد القبض عيباً أنه يبدلها.

والقول الثاني: أنه يردها على الوكيل. فإذا أدى الطعام إلى الموكل رجع على الوكيل

بحصّة ما رده عليه من الطعام. مثاله أن يكون قد رد عليه عشر الثمن فيرجع عليه بعشر الطعام. وهذا على قول الشافعي: أن مشتري الدراهم إذا وجد بها عيباً ردها ولم تبدل. فعلى هذا للوكيل أن يستوفي قيمة ما دفع من عشر الطعام من الدراهم المعيبة التي ردت عليه فإن كانت بإزاء حقه استوفاه. وإن كانت أقل من حقه فليس له غيرها وإن كانت أكثر من حقه رد الزيادة ولم يأخذها. فلو أبرأ الموكل المسلم إليه من الطعام بقسط المعيب فليس للموكل أن يرجع بما في يد الوكيل في الدراهم المعيبة. لأنه يقر أنها ليست له. ولا للمسلم إليه أن يرجع بها. لأنه يقر أنها ليست له. فإن عاد الموكل فصدق المسلم إليه عليها أنها من دراهمه رجع المسلم إليه بها على الوكيل. لأنه يقول هي لي وقد أبرأني الموكل من طعامه فبرئت. وإن قال الموكل: هي دراهمي فلي الرجوع بها. فللذي يسبق منهما صاحبه الرجوع بها على الوكيل.

فصل: إذا وكل الرجل وكيلاً في شراء عبد فاشتراه الوكيل ودفع ثمنه من مال موكله ثم استحق العبد فهل يكون الوكيل خصماً في الرجوع بدرك الثمن على البائع بالوكالة الأولى أم لا؟ ذكر أبو القاسم بن كج وجهين:

أحدهما: يكون خصماً فيه لأنه من أحكام عقده.

والثاني: لا يكون خصماً إلا باستئناف وكالة. لأن ما اقتضته الوكالة قد تقضى والصحيح عندي غير هذين الوجهين وهو أن ننظر، فإن استحق من يد الوكيل قبل وصوله إلى الموكل، كان الوكيل خصماً في الرجوع بدركه.

وإن استحق في يد الموكل لم يكن خصماً فيه إلا باستئناف وكالة، لأن بحصوله في يد الموكل قد نقضت أحكام وكالته وانقطعت عَلَقه وليس كذلك قبل وصوله.

مسألة: **قَالَ الْمُزَنِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ لِفُلَانٍ عَلَيَّ دَيْنٌ وَقَدْ وَكَّلَ هَذَا بِقَبْضِهِ لَمْ يَقْضِ الشَّافِعِيُّ عَلَيْهِ بِدَفْعِهِ لأَنَّهُ مُقِرٌّ بِتَوْكِيلِ غَيْرِهِ فِي مَالٍ لاَ يَمْلِكُهُ وَيَقُولُ لَهُ إِنْ شِئْتَ فَادْفَعْ أَوْ دَعْ وَلاَ أُجْبِرُكَ عَلَى أَنْ تَدْفَعَ (قَالَ) وَلِلْوَكِيلِ وَلِلْمُقَارِضِ أَنْ يَرُدَّا مَا اشْتَرَيَا بِالعَيْبِ وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ أَنْ يُحَلِّفَهُمَا مَا رَضِيَ رَبُّ المَالِ وَقَالَ أَلاَ تَرَى أَنَّهُمَا لَوْ تَعَدَّيَا لَمْ يَنْتَقِضِ الْبَيْعُ وَلَزِمَهُمَا الثَّمَنُ وَكَانَتِ التِّبَاعَةُ عَلَيْهِمَا لِرَبِّ المَالِ».

قال الماوردي: وقد مضت هذه المسألة وذكرنا أن مدعي وكالة الغائب في قبض دينه لا يلزم دفع المال إليه ما لم يقم بينة به وسواء صدق من عليه الدين أنه وكيل الغائب في قبضه أو كذب ويجوز له مع تصديقه أن يدفع المال إليه جوازاً لا وجوباً. والله أعلم بالصواب. آخر كتاب الوكالة. والحمد لله رب العالمين كثيراً يتلوه كتاب الإقرار.

فهرس الجزء السادس من الحاوي

كتاب الرهن

كتاب التفليس

كتاب الحجر

كتاب الصلح

كتاب الحوالة

كتاب الضمان

كتاب الشركة

كتاب الوكالة







